TEORIA GENERAL DEL CONTRATO
Y DE LOS DEMAS ACTOS O
NEGOCIOS JURIDICOS

Guillermo Ospina Fernández
Eduardo Ospina Acosta

Ed. Temis S.A.
Santa Fé de Bogotá 1994

CAPÍTULO 1

LA UBICACIÓN LÓGICA DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO

1. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS. La noción del acto o negocio jurídico encuentra su ubicación lógica dentro de la teoría del funcionamiento de las normas jurídicas y de]a producción de sus efectos, en la cual desempeña papel preponderante.

Las normas jurídicas se encaminan al ordenamiento de las varias situaciones de hecho que la vida social presenta. Luego, la existencia real de tales situaciones constituye evidentemente presupuesto indispensable para que aquellas puedan aplicarse y producir los efectos que persiguen. Esto es lo que

afirma GIORGIO DEL VECCHIO al decir que "la norma jurídica es un imperativo hipotético", para significar que el derecho, por su esencia, es imperativo, pero que solamente actúa cuando se dan las hipótesis previstas para su aplicación l. Por ejemplo: si una ley conmina el homicidio con pena de prisión, esta sanción debe ser impuesta porque así lo ordena una norma jurídica; pero es obvio que la imposición de]a pena presupone que una persona haya cometido homicidio, colocándose así en la situación de hecho prevista. En el mismo orden de ideas, si otra ley impone la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el hecho ilícito,]a obligación nace por el imperativo legal; pero para ello se requiere que un sujeto observe la conducta culposa o dolosa causante del daño por reparar.
De suerte que el funcionamiento de las normas jurídicas y la producción de sus efectos! puede compararse -naturalmente que solo a manera de imagen- al desarrollo de un silogismo, cuya premisa mayor es una norma jurídica, cuya premisa menor es la situación de hecho gobernada por esta y cuya conclusión es un efecto jurídico que puede consistir en la adquisición de un derecho real, en el nacimiento de una obligación, en la imposición de una sanción, etc.

2. LA FORMACIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS.

Ahora bien, la investigación lógica también permite dar un paso más en el análisis de] funcionamiento de las normas jurídicas, al reducir el problema de la formación de las situaciones de hecho que le sirven de presupuesto a la verificación del papel que en dicha formación desempeñan el acto o negocio jurídico y el hecho jurídico.

Una situación jurídica, es decir, una situación de hecho capaz de poner en movimiento una norma jurídica, puede provenir

de un fenómeno físico o material, en cuyo acaecimiento no interviene la voluntad, como el nacimiento o la muerte de una persona, su advenimiento a cierta edad, la formación de terrenos aluviales o de islas, el derrumbamiento fortuito de un edificio, etc Es verdad que el objet.Q propio de la valoración jurídica es la conducta humana; sin embargo, el derecho toma en consideración las condiciones en que esta se realiza, de donde resulta que, en muchos casos, los acontecimientos físicos adquieren indirectamente resonancia jurídica. Así, del cambio del cauce de un río puede nacer un derecho de propiedad de uno de los riberanos sobre el lecho desocupado y la pérdida del derecho del otro sobre la zona ocupada. Y una situación jurídica también puede provenir de un acto voluntario, lícito o ilícito, v. gT., de la celebración de un comrato, de la ocupación de cosa mueble sin dueño, de la comisión de un delito de homicidio o de hurto, de la construcción de un edificio, etc. Pero, fuera de los hechos puramente físicos y de los actos voluntarios, no puede concebirse otro factor distinto en la formación de las situaciones que condicionan el funcionamiento de las normas jurídicas.

Lo que sí resulta posible y, además, se impone en el campo de la filosofía del derecho, es la sub clasificación del acto voluntario atendiendo a si la voluntad que en él interviene se encamina, por autorización legal, directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, como ocurre en la celebración de un contrato de compraventa, en el cual las obligaciones que de él derivan obedecen al querer de las partes, o a si, por el comrario, el efecto jurídico se produce por el solo ministerio de las normas jurídicas, independientemente de la voluntad, como sucede en la comisión de un delito de homicidic, el cual acarrea una sanción penal, pero sin que se pueda

decir que la imposición de esta obedezca al querer del homicida.

3. CLASIFICACIONES DE LOS ELEMENTOS QUE INTERVIENEN EN Lo\. FORMACIÓN DE LAS SITUACIONF.SJURÍDICAS. Los anteriores análisis y distinciones han dado lugar a varias clasificaciones y nomenclaturas de los factores que intervienen en la formación de las situaciones jurídicamente operantes.
La más generalizada en el campo filosófico y, en nuestro sentir, la más clara y apropiada, denomina negocio jurídico al acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, como el otorgamiento de un testamento o la celebración de un contrato; acto jurídico, al acto voluntario del cual derivan también efectos jurídicos, pero independientememe del querer del agente, o mejor dicho, por el solo ministerio de las normas jurídicas, como sucede en la comisión de un delito, y hecho jurídico, al simple hecho de la naturaleza física, como el desplazamiento del lecho de un río o la muerte de una persona2

Sin embargo, desde el punto de vista de nuestro derecho civil, es indispensable acoger la clasificación tradicional francesa, que reduce los elementos que intervienen en la formación de las sItuaciones Juridicas solo dos especies: el acto jurídico, que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el hecho jurídico, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuye, se producen independientemente del querer del agente,.como si' fueran simples hechos físicos. El Código Civil colombiano, lo mis-

mo que el francés, emplea la expresión acto y no negocio, exclusivamente en el sentido que esta clasificación bipartita le atribuye3. Por lo tanto, en lo sucesivo nosotros emplearemos indistintamente dichas expresiones, pero le daremos preferencia a la de acto, siempre que con esta se logre la mejor inteligencia de los preceptos positivos que la emplean.

4. SITUACIONES JURÍDICAS SIMPLES Y COMPLEJAS. Por último, hay que tener en cuen ta que muchas veces las situaciones3 jurídicas no se forman de un solo acto jurídico o de un solo hecho jurídico, sino de varios actos, o de varios hechos, o de combinaciones de unos y otros, o sea que tales situaciones son colllplejas, como la que sirve de presupuesto a la adquisición por el heredero de una obligación testamentaria. En efecto, esta situación supone un acto jurídico, cual es el otorgamiento de un testamento por una persona, en el que esta establece la obligación a cargo de sus herederos, como la de pagar un legado; un hecho jurídico, que es la muerte del testador, y otro acto jurídico, que consiste en la aceptación de la asignación sucesoral por el heredero. Las situaciones jurídicas simples son las que se forman mediante uno solo de los elementos mencionados.

---

1 GIORGIO DEL VECCHIO, Filosofía del derecho, 8' ed., Barcelona, Edit. Bosch, págs. ~45 y ss.

2 CARlOTA FERRAR.\, El negocio jurídico, Madrid, Edit. Aguilar, 1956, mím. 49, dice: "Respecto a los negocios jnrídicos el orden permite producir o, si se quiere, producen los efectos correspondiemes a la \'oluntad del declarante o de los declarames; re~pecto a los otros hechos o actos, no", Cfr, GIUSEI'I'E STOLFI, Teoría del negocio jurídico, Madrid, 1959, pág,

3. Cóigo Civil, lib. IV, tír. n;JUI.lEN BONNECASE, Précis de droit civil, r. n, Paris, 1939, núm. 450; Cl.ARO SOL\R, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, r. XI, Santiago de Chile, 1937, núm. 680.

CAPÍTULO II

LA CONSIDERACIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA DEL ACTO JURÍDICO

1. El postulado de la autonomía de la voluntad privada

5. CONCEPTO. Las necesidades humanas, sobre todo las de índole económica, varían indefinidamente, según las épocas y los lugares; según el mayor o menor grado del desarrollo social y sus permanentes fluctuaciones; según las personas, sus condiciones peculiares y las circunstancias de momento en que se encuentran colocadas, etc. No es, pues, factible el establecimiento de un sistema jurídico positivo capaz de gobernar concreta y pormenorizadamente todas y cada una de las actividades y relaciones sociales encaminadas a la satisfacción de tales necesidades. La más sabia y omnicomprensi-

va legislación que fuera dado imaginar dejaría de tener esta última cualidad momentos después de su expedición. De ahí que todo ordenamiento positivo, por primitivo y rudimentario que sea el medio social a que se dirija, tiene siempre que reconocer, en alguna medida, eficacia jurídica a la iniciativa privada, permitiendo que los particulares se encarguen de arreglar entre sí parte, más o menos considerable, de sus relaciones sociales l.

Pues bien, el postulado de la autonomía de la voluntad privada, de cuya existencia como institución natural y común de todo~ los pueblos nos rinde testimonio la historia universal, consiste precisamerteen ese reconocimiento
más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciel1toslactos o manifestaciones de voluntad de los particulares. Con otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

6. EL ÁMBITO DEL POSTUL\DO. Por otra parte, la mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.

Una mentalidad primitiva e inculta, en trance de elaboración de un sistema jurídico, no puede entender que los particulares, por su sola voluntad, sean capaces de producir vínculos obligatorios; ni puede comprender tampoco la importancia que la iniciativa privada reviste en el desarrollo y bienestar de

la vida social. Por esto, las legislaciones arcaicas tienden a restringir el acto jurídico hasta los límites, o casi, de su total desconocimiento, v atribuyen la eficacia de las actuaciones y transacciones particulares a facto~-es extraños, como la observancia rigurosa de ciertas ritualidades generalmente prestadas de la religión. El refinamiento de la cultura jurídica, logrado a través de largos períodos, casi siempre seculares, lentamente va reivindicando los fueros de la autonomía de la voluntad privada e imponiéndola como institución natural que es en la vida social.
De igual manera, las concepciones filosófico-políticas en que se inspiren los legisladores también influyen decisivamente en el auge o menoscabo de la autonomía de la voluntad privada. Así, es fácil comprender que las ideologías socialistas sean adversas a dicha autonomía y que, por el contrario, el pensamiento liberal e individualista la favorezca.

II. La autonomía de la voluntad privada en el derecho moderno

7. PRECISIÓN. Para apreciar el ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad privada en el derecho moderno, basta registrar la evolución del pensamiento filosóficojurídico al respecto en estos últimos siglos.

A) La concepción racionalista

8.ELCULTOA LA VOLUNTAD PRIVADA. El Código de Napoleón, de 1804, que ha ejercido enorme influencia en Europa y en todos los países latinoamericanos --Colombia entre ellos-, fue forjado en el clima racionalista y ultraindividualista de la Enciclopedia y de la Revolución: en ese am-

biente filosóficopolítico que erigió al ciudadano en árbitro y medida de la vida común y sus instituciones, que concibió la sociedad como el producto artificial de un imaginario "contrato social" y que redujo el Estado a la simple condición de "gendarme", cuya función única debería consistir en garantizar las libertades omnímodas de los ciudadanos.

Semejante clima filosófico-político lógicamente tenía que propiciar el máximo auge alcanzado por la autonomía de la voluntad privada en la historia del derecho occidental. En efecto, los autores del Código de Napoleón, sus intérpretes e imitadores extranjeros pusieron especial empeño en garantizar

hasta donde les fue posible la libertad en las transacciones particulares y, en general, en todos los actos jurídicos de contenido patrimonial, respecto de los cuales las normas jurídicas deberían desempeñar un papel meramente pasivo: deberían limitarse a verificar la existencia de tales actos, a interpretar la voluntad de los agentes cuando fuera oscura o dudosa, y a sancionar coercitivamente su incumplimiento~. Aun en la ordenación en las relaciones jurídicas extrapatrimoniales, como las atinentes al estado civil de las personas y a la familia, la voluntad privada alcanzó influencia notable, como puede verificarse, por ejemplo, en punto de la elección de la nacionalidad y del domicilio civil, y en materia del reconocimiento y de la legitimación de los hijos extraconyugales:

9. EL ORDEN PÚBLICO-BARRERA. El pensamiento jurídico había considerado tradicionalmente que el orden público era la noción dominante en todo el derecho, como quiera que la razón y el fin de él consisten precisamente en realizar la justa, tranquila y próspera convivencia social 0,10 que es lo mismo, en implantar coercitivamente elorden,lasalud y el

bien común en la vida colectiva de los hombres. En la ideología racionalista, cuyo epicentro son las libertades individuales, el derecho y su noción dominante, el orden público, quedaron relegados a una posición secundaria: a la de simPle garantía negativa de tales libertades. Según ella, más que en gobernar por vía impositiva la conducta individual en aras del bien común, el interés general radicaría en la protección del hombre y de sus libertades, por aquello de que "lo que es bueno para la abeja, es bueno para la colmena". De esta suerte, el orden público pasó a convertirse en un cordón de seguridad, en una barrera casi física que el Estado gendarme emplearía para separar a los contendientes en las luchas que se suscitaran con motivo del ejercicio de sus iguales derechos y libertades4.

10. EL ORDEN PÚBLICO LEGAL E INMUTABLE. En el mismo orden de ideas, el celo del racionalismo en la defensa de las libertades Ü'ldividuales llegó hasta la pretensión de precaver los posibles abusos del Estado gendarme en el cumplimiento de su menguada función policiva, mediante el establecimiento de un orden jJúblico legal e inmutable. .
El legislador, y únicamente él, en cpanto tuviese un origen democrático y fuese, por tanto, el representante del pueblo en la gestión del Estado, estaría facultadopara determinar el contenido del orden público, mediante el repertorio preciso de leyes imperativas y prohibitivas, de obligatoria observancia por los ciudadanos y también por los otros órganos del poder público, gobernantes y jueces".

11. LAs CONCLUSIONES RACIONALISTAS. En lo que respecta a la autonomía de la voluntad privada, vale decir, a la expresión normal de ella, que son los actos o negocios jurídicos, y a su coordinación con el precitado concepto del

orden público, las consecuencias que derivan del pensamiento racionalista son obvias.
Si la voluntad de los individuos ha sido la causa eficiente de la vida social v de todas sus instituciones, dicha voluntad es en sí misma la suprema fuente de todos los efectos jurídicos. Aun la propia ley tiene que buscar, en último término, el fundamento de su validez normativa en el consenso que le prestan los individuos, quienes se han resignado a restringir parcialmente sus libertades innatas, autorizando al legislador -como su representante- a dictar ciertas normas obligatorias para todos, porque se considera que el cumplimiento de estas favorece el igual ejercicio de tales libertades. Entonces, con mayor razón la eficacia de los actos jurídicos privados deriva directamente de la voluntad de los agentes, a quienes corresponde, por derecho propio y según su mejor conveniencia, organizar sus relaciones, determinar la naturaleza y alcance de ellas y estipular sus condiciones y modalidades. Por tanto, llegado el caso de aplicar un acto jurídico, el intérprete debe consultar ante todo la real intención de sus autores, pues esta intención o voluntad es laJuerza creadora de cualquier efecto que tal acto haya de producirti.
y ante la voluntad privada, así concebida como la fuente autónoma y suprema de los efectos jurídicos, el legislador solamente tiene una misión tutelar de ella.
Por los caminos anteriormente descritos se llega a la célebre fórmula que condensa todo el sistema racionalista al respecto y que ha sido dogma socorrido de la mayoría de los comentaristas del Código francés: "en los actos y contratos está permitido todo lo que no está legalmente prohibido". La voluntad privada es autónoma y omnipotente mientras no tropiece con la barrera sei'ialada por el orden público legal e inmutable.

B) El enjuiciamiento de la concejJción racionalista

12. LA SUBORDINACIÓN DE LA VOLUNTAD PRIVADA AL DERECHO. Como lo observa JuLIEN BONNECASE, las exageraciones en que incurrió el racionalismo al exaltar la voluntad privada hasta el punto de hacer del acto jurídico, y especialmente del contrato, el soporte más importante de la vida social, y, al reducir la función del derecho y de su noción dominante -el orden públicoa la protección negativa de dicha voluntad, han provocado una vigorosa reacción en el pensamiento filosóficojurídico contemporáne07. Así, los representantes del positivismo han querido aplastar al hombre bajo la coerción de los hechos sociales. Imbuidos en las doctrinas radicales del socialismo materialista, solamente ven en el individuo y en su voluntad instrumentos Hamados a cumplir una función social en beneficio del Estado. y los defensores de las doctrinas espiritualistas, sin llegar a tales extremos, también han tenido que comprender que el acto jurídico no es, por sí solo, generador de efectos jurídicos, al contrario de 10 que en otro tiempo se creyó: que la voluntad humana, en sí misma, es impotente en el dominio del derecho y no desempeii.a papel alguno en él, sino con fundamento y dentro de los límites señalados por las normas e instituciones jurídicas.
13. LA REIVINDICACIÓN DEL CONCEPTO DEL ORDEN PÚBLICO. Como era de esperarse, estas profundas trasformaciones del pensamiento filosóficojurídico han tenido que aducir, como su fundamento supremo, las exigencias y los dictados de unnuevo orden público, distin to de1 orden-barrera del racionalismo 8.
La doctrina está empeñada afanosamente en perfilar los contornos de este nuevo orden y hasta en encerrar su conteni-

do en definiciones de validez absoluta. Innumerables ensayos se han realizado en tal sentido, pero sus resultados distan mucho de ser satisfactorios 9.

En nuestro sentir, el apuntado insuceso doctrinal obedece precisame.nte a las mismas razones que condenaron al fracaso el intento racionalista de establecer un orden público legal e inmutable, o sea, a la creencia equivocada de que es posible detener la vida social y su organización para captada en una definición estática que, a manera de fotografía, revele todos los elementos que la componen.

Pero, como dicha vida social, al igual que la del individuo, es esencialmente dinámica, no es un ser sino devenir en perpetuo movimiento, y se realiza en medio de condiciones en gran parte variables, es evidente que ese orden público que, por exigencia moral y jurídica, debe reinar en el decurso de la vida colectiva, debe tener también elasticidad y flexibilidad tales que le permitan adaptarse a las mencionadas corrientes y mareas que en aquella se suceden permanentemente. Sin embargo, la verdad de esta idea tampoco autoriza la conclusión que de ella pretende derivar el positivismo jurídico, cual es la de que el orden público es esencialmente variable en cada instante, y que su contenido depende exclusivamente del "consenso general" o del 'Juicio soberano del Estado".

El pensamiento espiritualista contemporáneo se coloca en el justo medio. Considera que el orden público reside en la observancia de ciertos principios permanentes e inmutables, impuestos por la naturaleza humana

~ revelados o conocidos por la recta razón, como son los dictados de la justicia universal, y que requiere igualmente el mantenimiento de otras condiciones generales que no pueden pretender análoga validez absoluta, pero

que deben preservarse Y no pueden ser alteradas inopinada o bruscamente
sin acarrear hondas conmociones en el medio social, tales como la organización política reinante y el desarrollo ordenado de los procesos económicos v de las actividades públicas y privadas que en estos participan.

, Así concebido el orden pÚblico como un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de este 10, constituye instrumento adecuado para que el Estado -guardián nato del bien común- pueda cumplir prudentemente su [unción fundamental por conducto de todos sus órganos de expresión jurídica, y no exclusivamente del legislador.

14. LA AUTONO!\IÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y EL ORDEN PÚBLICO. En lo que concierne a nuestro tema central, es decir, a las relaciones entre la autonomía de la voluntad privada y el orden pÚblico, como ya lo insinuamos antes, la rcvaluación del pensamiento racionalista a este respecto ha producido naturalmente consecuencias de señalada importancia.

En primer lugar, la afirmación del poder activo del derecho y la subordinación de los individuos y de sus actividades a los dictados de un orden pÚblico, que ya no se reduce a la simple protección negativa de aquellos, sino que debe ante todo imponer el imperio de los principios superiores que integran la vida social y de cuya observancia depende su conservación, ha determinado la aparición de una copiosa legislación de carácter imperativo que, al restringir el ámbito de las libertades privadas, en general, disminuye las posibilidades que la autonomía de la voluntad privada ofrece a los particulares para regular aisladamente sus relaciones sociales mediante la celebración de actos jurídicos.

En segundo lugar, las hondas conmociones sociales, registradas principalmente en el siglo pasado y en lo que va corrido del presente, y cuya causa primordial o, a lo menos, muy influyente, ha sido el tránsito acelerado de la economía .feudal y artesanal hacia la era de la industria mecanizada y de la economía de empresa, han determinado también la necesidad de que el Estado intervenga intensamente en la propia órbita de la autonomía de la voluntad privada, en detrimento de la libertad antes reconocida generosamente a los particulares, para fijar a su arbitrio la naturaleza, el alcance, las condiciones y las modalidades de sus actos jurídicos y de los efectos que estos están llamados a producir. Esta intervención estatal, fundada en principios morales o de justicia, y también en hechos económicos considerados como parte integrante del orden público, va desde la re'gulación legal, directa y en forma imperativa de las relaciones entre las partes en los actos jurídicos, o de algunas de aquellas, v. gr., la f~ación de los precios en las compraventas y en los arrendamientos, el establecimiento de salarios mínimos y prestaciones sociales en los contratos laborales, la regulación de los intereses en los contratos de crédito, ete., hasta la total exclusión de los particulares en la celebración de ciertos actos que antes les estaban permitidos, como los que tienen por objeto la prestación de los servicios públicos monopolizados por el Estado. Con otras palabras: el desarrollo económico y la justicia social, entregados antes por entero a la iniciativa privada bajo los auspicios complacientes del Estado gendarme y patriarcal, han pasado a ser objeto de una intensa legislación, instrumento del moderno "Estado dirigista" y del "Estado empresario". Las regulaciones de carácter imperativo de esta legislación dedicada a dictar, planificar, controlar y hasta excluir la iniciativa privada en el ordenamiento de la vida económica y de las relaciones a que ella da lugar, estre-

chan e invaden cada vez más y, en muchos casos en forma excesiva e imponderada, el campo de acción de la autonomía de la voluntad privada.

Finalmente, ante la impotencia del legislador para regular concretamente las fluctuantes necesidades de la vida social y para dictar un repertorio ne varietur de las normas llamadas a regular dicha vida conforme a los dictados de un orden público igualmente elástico y flexible, también se ha tenido que abandonar la utopía racionalista del orden público legal e inmutable y se les ha tenido que reconocer a los otros órganos del poder público, distintos del legislativo, y especialmente al órgano judicial, facultades discrecionales para apreciar, en cada caso, la conformidad o disconformidad de los actos jurídicos celebrados por los particulares con los dictados del orden público, con lo cual se ha asestado otro rudo golpe al antiguo imperio de la autonomía de la voluntad privadal1.

C) La autonomía de la voluntad privada y el orden público en el Código Civil

15. APRECIACIÓN EQUIVOCADA. Se ha dicho que don ANDRÉS BELLO, al organizar esta importante materia, se inspiró directamente en la concepción racionalista de los redactores del Código de Napoleón, en lo tocante a la consagración de la voluntad privada como fuente suprema y autónoma de los efectos de los actos jurídicos, apenas sí limitada por las prescripciones expresas del orden público legal e inmutable. Sin embargo, esta idea es equivocada, pues al terminarse la redacción de la obra del señor BELLO ya había trascurrido medio siglo desde la expedición del Código francés, y la mencionada concepción se encontraba en franca crisis y había sufrido el rechazo enfático

de parte de sectore.s muy impo~tar:tes de la do~trina y también de la juris
rudencia de los tnbunales, InClUSIVe en FrancIa.
p La opinión equivocada que se comenta ha pretendido fundarse en la
redacción de algunos textos, tomados del Código de Napoleón. Así, el art.
6Q preceptÚa: "En m:teria civil SO? n~!os los ac~os ejecutados contra expr~sa
prohibición de la ley... . El art. 16 dice: No podran derogarse por convemos particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público v las buenas costumbres". El art. 1523: "Hay asimismo objeto ilícito en todo contratol)rohibido por las leyes". Finalmente, el propio art. 1602, que consagra el postulado de la normatividad de los actos jurídicos, reza: "Todo contrato leagalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o porcausas legales". En efecto, todos estos textos trascritos parecen circunscribir el amplísimo campo de acción de la voluntad privada exclusivamente dentro de los límites que el legislador le haya señalado expresa y concretamente, que es en lo que consiste el concepto racionalista del orden público legal e inmutable.
Pero otros artículos de la misma obra legislativa someten al control jurisdiccional todos los actos jurídicos cuyas prestaciones, o los móviles o motivos determinantes de su celebración, pugnen con los principios integrantes del orden público, aunque estos no se encuentren expresa y concretamente contemplados en disposiciones legales. Así, el art. 1518 hace consistir el objeto ilícito o moralmente imposible en el hecho "prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público". El art. 1524 define así: "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa

ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. El art. 1741 condena a la nulidad absoluta todo acto o contrato que tenga "objeto o causa ilícita", y el art. 1742, hoy subrogado por el2Q de la ley 50 de 1936, ordena perentoriamente al juez "declarar de oficio" la referida nulidad.
Por tanto, no cabe duda alguna de que, en el sistema de nuestro Código Civil, la voluntad privada está adecuadamente subordinada al orden público, cuyos principios, más o menos elásticos e interpretados discretamente por los jueces en cada caso, priman siempre sobre aquella. Lo dicho quiere significar que la mencionada obra legislativa realmente se informa al respecto en la moderna concepción filosófico-jurídica hoy dominante.

16. NUESTRA APRECIACIÓN. En primer lugar, el Código reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigo!' normativo está ampliamente consagrado en el art. 1602 antes trascrito. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Solo que como aquellos, al proceder a hacerlo, cumplen una
función que el legislador les ha delegado, deben observar los requisitos exigidos por este y que -como lo veremos después- obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.

Tal es el sentido de las expresiónes empleadas por el citado art. 1602, piedra angular de nuestro sistema civil. La voluntad privada no es una fuente autónoma de efectos jurídicos; debe expresarse legalmente para que adquiera el vigor normativo que dicho artículo le atribuye, a fin de que se convierta en una ley para las partes. Pero, repetimos, cuando los actos jurídicos reúnen los aludidos requisitos que condicionan su existencia y validez, es decir, cuando están "legalmente celebrados", sus estipulaciones libremente consentidas revisten, para los agentes y también para los jueces encargados de aplicarlas, fuerza vinculatoria semejante a la de la propia ley dictada por el Estado.

En el mismo orden de ideas, reconocidos la autonomía de la voluntad privada y su vigor normativo, el legislador evita en lo posible interferir en forma imperativa la iniciativa de los agentes. En efecto, la inmensa mayoría de las previsiones legales pertinentes a los actos jurídicos solamente tienen un alcance suPletivo, o sea, que solo están llamadas a aplicarse en defecto de manifestación expresa de la voluntad de los interesados. Fundándose en la presunción cierta de que estos generalmente ignoran cuál es el régimen más conveniente de sus actuaciones y transacciones en el comercio jurídico, se preocupa por insinuarles minuciosamente y hasta pecando de exagerado casuismo, cómo puede verificarse en la reglamentación de los actos y contratos típicos, la adopción de aquellas normas que la experiencia milenaria ha demostrado ser las más acons<;jables para ellos.

Pero si dichos interesadof consideran que las aludidas normas no son
convenientes para su caso particular, bien pueden modificarlas o descartarlas totalmente. Si así no lo hacen, es decir, si guardan silencio al respecto, el legislador presume, o bien que, por sabidas, aquellos consideraron que las normas lega-

les supletivas quedarían naturalmente incorporadas a sus estipulaciones voluntarias, o bien que, habiendo obrado con imprevisión, es necesario acudir en su ayuda para que se realicen en la mejor forma los fines que persiguieron al celebrar sus actos o negocios (arts. 1603 y 1621).

17. LA SUBORDINACIÓN DE LA VOLUNTAD PRIVADA AL ORDEN PÚBLICO. Por otra parte, la conveniente generosidad que nuestro Código muestra hacia la autonomía de la voluntad privada no se opone, como ya quedó dicho, a que también la haya situado en la justa posición que le corresponde en el orde
namiento jurídico y social. .

Si la iniciativa particular no se limita adecuadamente, en forma tal que opere siempre con la debida subordinación al orden público, deja de ser henéfica para la satisfacción de las necesidades individuales y para el prom-eso de la sociedad; pasa entonces a constituir grave amenaza para los aso~iados y para esta. Los primeros quedan expuestos a sucumbir en una lucha ea-oísta y despiadada, en la cual prevalecerán la avaricia, la astucia y la ines
c;upulosidad sobre la penuria, la inexperiencia y la buena fe; y la segunda
también queda expuesta a derrumbarse, tanto por el debilitamiento y la pugna entre sus miembros, como porque la voluntad privada sin freno, por satisfacer el interés particular que es su objetivo inmediato, pierde de vista el interés general y el menoscabo que pueda irrogarles al derecho ajeno, a las buenas costumbres y, en general, a los principios angulares del orden social.

Con miras a salvaguardar estos valores superiores, el Código, obrando principalmente por medio de las condiciones para la existencia y para la validez de los actos jurídicos y de la limitación de sus efectos, interviene en el ejercicio de la

autonomía de la voluntad privada. Acude en defensa de los agentes, ora declarándolos legalmente incapacitados para obrar por sí solos cuando carecen del suficiente desarrollo sicofísico o de la experiencia necesaria para defenderse en el comercio jurídico, ora protegiéndolos contra sus propios errores e ignorancia, y contra el fraude, la violencia y, en escasa medida, contra la usura y la explotación de que pueden ser víctimas. Tutela los intereses y derechos de los terceros, limitando a los agentes y a ciertos sucesores de estos la eficacia de los actos jurídicos, estableciendo sistemas de publicidad y solemnidades respecto de actos llamados a irradiar directa o indirectamente fuera de su órbita, erigiendo la buena fe en fuente de derechos, etc. Ha establecido la supremacía del interés general sobre los intereses particulares, proscribiendo los actos que, por su objeto o por su causa, es decir, por razón de sus prestaciones aisladamente consideradas, o de su conjunto, o de los móviles o motivos que determinan su celebración, resulten lesivos de los dictados del interés general. Ha organizado con carácter imperativo las situaciones y relaciones jurídicas cuya inestabilidad puede comprometer la existencia o el desarrollo de la vida colectiva, como las propias del estado civil de las personas, de la familia legítima y natural, etc.

D) El intervencionismo de Estado

18. CONCEPTO. Agrégase a lo dicho que, después de expedido el Código Civil y especialmente en los Últimos tiempos, se ha registrado en Colombia, como en casi todos los países, una progresiva intervención del Estado en el campo de la autonomía de la voluntad privada.

Colombia no ha podido mantenerse al margen de los graves problemas que se vienen presentando en todo el mundo y que constituyen el contenido de la explosiva cuestión socioeconómica, la cual ha rebosado los moldes clásicos del derecho, tanto en lo público como en lo privado, y ha determinado una mayor injerencia del Estado en la regulación imperativa de numerosas relaciones sociales que antes estaban entregadas a la iniciativa privada.
Por estos caminos, el legislador no solamente ha impuesto nuevos efectos a ciertos actos jurídicos, v. gr., la fDación de salarios mínimos, la creación de prestaciones sociales, tales el pago de cesantías, pensiones de jubilación, subsidios familiares, auxilios médicos, y el establecimiento de precios miximas en los contratos de provisiones, arrendamientos, transportes, créditos, ete., sino que también ha usado con largueza de la facultad que le confiere la Constitución PolíticaI2 para modificar y hasta para desconocer los derechos adquiridos con justo título, dictando normas que operan retroactivamente sobre los efectos de actos jurídicos celebrados bajo el imperio de una legislacion anterior.
Por añadidura, el implantamiento de esta nueva política estatal, fundada en la noción del orden público, hipertrofiado en sus aspectos socio-económicos, también ha conducido a que la intervención haya dejado de ser una función privativa del legislador y de los jueces, como lo quisiera el autor de nuestro Código, sino que ha pasado a convertirse en instrumento socorrido de todos los órganos del poder público, inclusive de los órganos administrativos menores, lo que ha conducido a que el comentado intervencionismo se ejerza en forma desordenada y frecuentemente lesiva de los derechos individuales y de la justa autonomía de la voluntad privada.
So pretexto de establecer la indispensable justicia social, de adecuar los proce-sos de la economía nacional y de otras

consideraciones por el estilo, proliferan leyes propiamente dichas, o sea, expedidas por el órgano legislativo, como también actos del órgano ejecutivo, tales como decretos-leyes, decretos legislativos, decretos ejecutivos, reglamentos autónomos, resolucio
nes y medidas administrativas informales, ete., por medio de los cuales se planifican, dictan, regulan y controlan a gran escala la iniciativa y las actividades jurídicas: que son o eran materia de la autonomía de la voluntad privada.

I EMILIO BETTI, Teoría general del negocio jurídico, 2' ed., Madi-id, Editorial Revista de Del-echo Privado, 1968, págs. 45 y ss.

2 PLANIOL Y RIPERT, Traité élémentaire de droit civil, t. n, Paris, 1939, núms. 807 y 81l.

3 JUI.I.lOT DE [J\ MORAN[)(ERE, La noción del orden pÚblico en el rkrecho privado, Bogotá, 1956,
págs. 58 y ss.

4 Ibídem, pág. 90.

5 lbídem, págs. 90 y 95.

6 PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. n, núm. 807. El que los actos jurídicos también pudieran producir efectos no previstos por los agcntes, como los propios de la naturaleza de dichos aCtos, fue una idea contraria a la concepciÓn generalizada de que la voluntad real es la fuente Única o "fuerza creadora" y, por ello solo logró imponerse después de una gralf resistencia de los redactores del Código francés QUIIJOT DE L\ MORANDI1~RE, ob. cit., pág. 93).

7 jULIEN BONNECASE, Précis de droit ávit, t. 1I, Paris, 1939, pág. 412.

8 La expresión "nuevo orden publico" sU6>iere la idea falsa de que se trata de una concepción enteramente moderna y sin

antecedentes en el derecho occidental, cuando en realidad la labor del pensamiento pos-racionalista ha sido la de resucitar las ideas tradicionales acerca de esa noción dominante del derecho, conocida siempre con diferentes denominaciones, tales como la salurljníblica, el bien comÚn, el interé.s general y el orden tlÚblír.o.

9 COLIN y CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil fmm;aÜ, t. 1, Paris, Dalloz, 1939, pág. 10.

10 CHMIPF.AU y UIUBI':, Tratado de derecho civil, t. 1, Paris, Sirey, 1899, núm. 80.

11 JULLIOT DE LA MORANDlÉRE, ob. cit., pág. 140.

12 Art. 58.

CAPÍTULO III

LA NOCIÓN LÓGICA DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO

I. Definición y precisiones

19. DEFINICIÓN. El acto o negocio jurídico es la manifestación de voluntad directa V reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos. En nuestro sentir, esta definición satisface plenamente las exigencias de la lógica jurídica, por cuanto se limita a enunciar genéricamente los dos elementos de cuya integración resulta la noción pura del acto o negocio jurídico, a saber: a) la manifestación de voluntad, que puede

ser de uno o más agentes; y b) el objetivo específico a que dicha voluntad se endereza, cual es la producción de efectos jurídicos.

Otras definiciones que se han propuesto son el fruto de ideas y especulaciones propias de campos diversos del pensamiento e introducidas en la doctrina jurídica sin contar con la posibilidad de su exacta adaptación a esta, de donde resultan deformaciones inaceptables, tanto en el concepto mismo del acto jurídico, como en las instituciones cuya organización este preside. Así, por ejemplo, existe una tendencia inveterada y bien generalizada a suponer a priori que la única y real persona o sujeto de derecho es el individuo humano, en su entidad metafísica, con todos sus atributos y facultades, con sus apetitos, ideales y sentimientos, etc. Corolario obligado de este supuesto falso es la identificación del acto jurídico con el acto humano y la pretensión de atribuirle al primero todas las características y modalidades propias del segundo, como también la de someter indiscriminadamente a ambos a unas mismas leyes y principios filosóficos y científicos.

Pero esta confusión muy frecuente no resiste análisis. Basta simplemente tener en cuenta que la razón de ser y el fin del derecho consisten en la realización de una vida social justa y ordenada. Luego, a las disciplinas jurídicas solamente conciernen e interesan aquellos aspectos y actividades del ser humano que tocan directamente con la ordenación social y en la mee dida en que lo hagan. A la inversa, les son indiferentes cualesquiera otras notas y actuaciones de dicho ser.

Por tanto, si bien es cierto que el hombre ha sido el modelo real de que el derecho se sirve para la estructuración de la persona o sujeto jurídico y de las instituciones que gobiernan su conducta en tal campo, resulta también indiscutible que dicho modelo no ha sido contemplado en su integridad meta-

física, sino a través de un prisma especial que solamente capta aspectos parciales del modelo. Identificar al sujeto de derecho con su modelo, el hombre real y verdadero, es un error tan craso como el que cometería quien confundiera la representación pictórica de un héroe con este mismo. .En ambos casos se trata de versiones de una misma realidad, el ser humano, pero enfocada desde ángulos diversos.

II. Distinción entre el acto jurídico y el acto humano

20. PRECISIÓN. La recta inteligencia del acto jurídico presupone su distinción del acto humano, pues entre ambos existen diferencias fundamentales que se manifiestan principalmente por tres aspectos, a saber: a) en cuanto a la naturaleza de los agentes, puesto que en el acto jurídico lo es el sujeto de derecho y en el acto humano lo es elhombre; b) en cuanto a la habilidad o capacidad de obrar de dichos agentes en uno y otro campos; y c) en cuanto a los criterios y forma de apreciación del proceso de desarrollo del acto mIsmo.

A) Hombre y sujeto jurídico

21. CONCEPTOS. Por cuanto el ser humano ha sido el modelo de que el derecho se sirve para la estructuración de] sujeto de derecho, e] uso inveterado les ha aplicado a ambos una sola denominación: la de persona. Esta anfibología ha sido efecto de la confusión ideológica entre las dos realidades distintas así bautizadas, y también ha sido causa de que tal confusión se mantenga sin despejar en el campo jurídico. Se trata, pues, de un típico ejemplo de lo que se ha llamado "el despotismo de las palabras sobre las ideas".

Según la clásica definición de BOECIO, !Jersona es una sustancia indivisible de naturaleza racional (Persona est substantia indivisa rationalis naturae). De manera que, en este mundo en que vivimos, persona solamente es el hombre, unión consustancial de espíritu y cuerpo, cuya vida indivisible comienza al separarse del vientre materno y se extingue con la muerte que segrega el alma de la materia.

En derecho, persona es algo bien distinto. Según definición también clásica, es todo ente es capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones. Es un ser, humano o no, que vive en ese mundo especial de las relaciones jurídicas y en el cual la única carta de naturaleza es la capacidad jurídica, o sea, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Por tanto, el hombre, como sustancia indivisible de naturaleza racional, solamente es persona en el mundo del derecho, en cuanto posea esa capacidad jurídica y en la medida en que la adquiera y la conserve. Entonces, bien puede suceder y así lo confirma la historia que una inmensa legión de seres humanos ha transitado por la vida sin tener jamás acceso a la sociedad de los sujetos de derecho. La aberrante institución de la esclavitud, hoy abolida en el derecho occidental, asimiló esOS seres a las cosas, relegándolos a la categoría de objetos de derecho.
Aun dentro de los ordenamientos positivos que les reconocen capacidad y personalidad jurídica a "todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición" 1, suele ocurrir que la \'ida real de estos no coincida temporalmente con su vidajurídica, o sea, que se presenten desincronizaciones entre una y otra, como las que a continuación se enuncian:
La consagración por nuestro Código del viejo aforismo romano, según el cual el niño concebido se tiene por nacido

para todo aquello que le beneficie (infans conceturus pro nato tenetur quotiens de commodis ejus agitur)2, hace que el sujeto de derecho comience a existir antes que el hombre nazca como tal, es decir, como sustancia indivisa de naturaleza racional. La presunción legal de muerte por desaparecimiento puede afectar a un individuo realmente vivo y, a la inversa, el plazo de expectativa que debe preceder a la declaración judicial de muerte presunta puede prolongar la vidajurídica de quien realmente ha muerto antes o durante el cumplimiento de dicho plazd. Y la institución de la muerte civil, a consecuencia de votos religiosos, condenas penales, ete., que no fue adoptada por nuestra legislación, también destruye la personalidad jurídica en vida de quien la sufre.

22. LAS PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. Pero es en el momento de levantar el censo general de las personas o sujetos de derecho cuando más inadmisible se revela la pretensión de identificar el modelo humano con su representación jurídica, pues en tal momento se observa que el mundo del derecho está habitado también por un inmenso número de seres que no pertenecen a la especie humana, como los Estados, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las fundaciones, las asociaciones o corporaciones, las sociedades civiles y comerciales, ete..
Más aún que las discordancias entre el hombre verdadero y su versión jurídica, más aún que la desincronización entre la vida real y la vida jurídica de aquel, y más aún que las divergencias de apreciación entre sus atributos y facultades y los de su aludida versión, es la presencia de las llamadas personas morales o jurídicas lo que suministra un argumento definitivo para condenar la asimilación que se comenta.
La concepción antropomórfica de la persona o sujeto de derecho, oportunamente socorrida p'or el positivismo, que

niega, por principio, la realidad supuesto falso de que la existencia de un sujeto jurídico necesariamente tiene que materializarse para encontrar explicación adecuada.

B) La aptitud para actuar

23. LA APTITUD PARA REALIZAR LOS ACTOS HUMANOS Y LOS ACTOS jURÍDICOS. En este terreno de las confusiones doctrinarias y de las anfibologías en el lenguaje técnico, que hemos comenzado a explorar y en el cual, como hemos
visto, la voz persona se emplea indistintamente para designar al sujeto de derecho y al hombre, y la voz acto también denota, por igual, la actividad sicofísica del ser humano y las actuaciones específicas que se cumplen en el tráfico jurídico, se hace igualmente indispensable precisar, desde ahora, las diferencias entre dos conceptos que, también anfibológicamente, reciben un solo nombre: la capacidad.

En el apartado anterior hemos usado esta expresión en uno de los sentidos que se le asignan: la aptitud que tienen todas las personas o sujetos de derecho para ser titulares de derechos y obligaciones, y hemos precisado que, en esta acepción, la cajJacidad es un atributo de la personalidad jurídica o, mejor aÚn, es el atributo esencial de esta, puesto que constituye el cuÜo que, aplicado a cualquier ser, humano o no, le permite existir como sujeto de derecho.

Pero, en sentido diferente, la voz capacidad se emplea para denotar el poder que se le reconoce a la mayoría, ya que no a todos los sujetos de derecho, para actuar dim~tamente, por sí mismos, en el comercio jurídico, vale decir, jJara realizar

actosjurídicos. Tomada en esta acepción, la capacidad ya no es un atributo de la personalidad y su establecimiento legal indica que hay sujetos de derecho que carecen de ella. Con otras palabras: toda persona necesariamente tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, pero algunas no la tienen para intervenir por sí mismas en el comercio jurídico. Por consiguiente, en el campo propio de esta nueva figura ya no es el! dé] los atributos de la personalidad, sino el de la validez de los actos jurídIcos Ahora bien, como el tema que tratamQs de desarrollar en el presente apartado es el relativo a la comparación entre el acto humano y el acto jurídico por el aspecto de la aptitud o habilidad subjetiva de los agentes para realizarlos, declarado ya el concepto de la capacidad legal, que es el que nos interesa por el momento, réstanos tan solo confrontar la organización de esta institución jurídica con los criterios que se emplean para ponderar las actuaciones del hombre, y así esbozar someramente las concordancias y las discrepancias que se presentan al respecto:

a) Un acto humano solamente puede ser realizado por el hombre, Único ser que tiene aptitud natural para desarrollar ese proceso síquico y material que tal clase de actos implica.

Ahora, si la capacidad legal es, por definición, la aptitud para celebrar por sí mismo actos jurídicos, también es evidente que dicha capacidad solo puede predicarse respecto de las fJersonas humanas, porque consistiendo sustancialmente el acto jurídico en una manifestación de voluntad, Únicamente tal clase de personas tienen aptitud 'Para hacer jJOr sí mismas dicha manifestación. Los otros habitantes del mundo de derecho, o sea, laspersonas morales, por absoluta imposibilidad natural, son inhábiles para expresarse por sí mismas en el comercio jurídico; vale decir, que estas personas forman

naturalmente la primera categoría de los sujetos de derecho afectados de incapacidad legal.

b) El hombre puede ser más o menos inhábil para realizar un acto normal, como cuando carece del suficiente desarrollo sicofísico y cuando padece de una afección sicopática que le priva del uso de la razón. Fundándose en estas consideraciones derivadas de la realidad, el derecho, ya con un fin jurídico específico, cual es el de proteger el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, también puede prohibirle al ser humano que se encuentre en tales condiciones realizar por sí mismo actos jurídicos, o sea, declararlo legalmente incapaz. Efectivamente, esto es lo que hace el art. 1504 del Código Civil al establecer la incapacidad de los menores de edad, de los dementes y, en cierta manera, de los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. O la falta de desarrollo sicofísico o intelectual, o la afección sicopática, son los criterios que presiden el establecimiento de estas incapacidades.
c) En cuanto a las personas a quienes se les reconoce o se les niega la capacidad legal, el catálogo jurídico puede no coincidir con el de las personas aptas para realizar un acto human9.. normal. Ya hemos visto que la inhabilidad en este último terreno se funda en deficiencias en el desarrollo sicofísico de los agentes, o en el padecimiento de afecciones sicopáticas, e igualmente hemos verificado que, con el criterio de proteger a quienes se encuentran en estas condiciones, el derecho los declara legalmente incapaces. Pero también suele ocurrir que la ley, con base en otros criterios jurídicos, amplía el marco de la incapacidad legal en forma tal que esta llega a cobijar a otras personas distintas. Ejemplos de este proceder nos los suministra nuestro Código Civil al incluir entre los incapaces al sordomudo que no puede darse a entender por escrito, a los disipadores y a las mujeres casadas!).

Respecto de los primeros, más que a las naturales repercusiones síquicas que pueda producir la falta del sentido del oído, especialmente cuando este defecto es congénito, el criterio legal de la incapacidad se basa en la presunción de que quien no puede hablar ni escribir es inhábil para expresar con la claridad necesaria su voluntad de celebrar un acto jurídico. Los disipadores ordinariamente no son sicópatas, sino personas de carácterldépil que, al dilapidar su hacienda, corren el peligro de convertirse con sus;farhilias en una carga para la sociedad. Y la incapacidad de las mujeres dsadas solamente obedecía al propósito de concentrar el gobierno moral y etonómico de la familia en manos del marido.
d) Aun en los casos en que la incapacidad legal coincide con la inhabilidad natural del agente, al estructurarse aquella institución, se modifican los criterios de apreciación con fines de orden jurídico. Nuestro Código también nos ofrece numerosos ejemplos al respecto. El ser humano solamente llega a su desarrollo sicofísico adecuado con el advenimiento a la pubertad; pero la ley no puede permitir la incertidumbre que se presenta en cada caso concreto acerca de si el sujeto de que se trata es efectivamente púber o no y, entonces, con el fin de evitar tal incertidumbre, presume que toda mujer que cumple doce años y todo varón que cumple catorce son púberes, aunque la realidad no coincida con esta presunción . Aun cuando la ciencia sicológica tradicionalmente admita que el niño adquiere uso de razón a los siete años, y que ya es hábil para emitir voliciones perfectas cuando ha llegado a la pubertad, la ley, en su función tutelar de la autonomía de la voluntad, determina que, aunque las personas hayan llegado a la adolescencia, todavía carecen de la habilidad adecuada y de la experiencia suficiente para defenderse en el comercio jurídico; pero, como tampoco puede permitir la incertidumbre a este respecto, señala una edad fija, los veintiún años (hoy

los dieciocho), a partir de la cual presume que las personas ya han adquirido esa experiencia necesaria para el fin indicado. Además, el tratamiento legal de los menores varía así: los impúberes son incapaces absolutos y no pueden realizar por sí mismos acto alguno; los menores adultos son relativameme incapaces; para la mayoría de sus actos basta la autorización de la persona a cuyo cuidado están y aun pueden realizar independientemente algunos, como contraer matrimonio y otorgar testamento.

La siquiatría registra una gama considerablemente extensa de afecciones sicopatológicas caracterizadas, que va desde los casos leves y transitorios hasta los estados permanentes y de la mayor gravedad, como la demencia propiamente dicha, el cretinismo, el idiotismo, etc. La ley, para sus propios fines, deja de consultar la mencionada complejidad científica del problema y le aplica un tratamiento relativamente simple. En primer lugar presume que todas las personas mayores de edad son cuerdas 1:\ y, en virtud de esta presunción, aunque se compruebe que quien ha realizado un acto jurídico padece alguna afección sicopatológica, por grave y permanente que esta sea, supone que el agente ha obrado en un intervalo lúcido. Entonces, para que la institución de la incapacidad legal tenga efecto y conduzca a la nulidad de cierto acto, es indispensable la difícil comprobación de que el agente ha obrado, precisamente en taJ momento, en estado de enajenación mental. Y, por otra parte, con el objeto de ponerle fin a la incertidumbre respecto de la validez o invalidez de los actos jurídicos celebrados por quienes sufren una afección permanente, establece la declaración de interdicción judicial, en virtud de la cual se inhabilita al sujeto de ella para toda intervención en el comercio jurídico 14.

e) Consagrada la institución de la incapacidad legal, atendiendo y dejando de atender a los fundamentos que determi-

nan la inhabilidad natural del hombre para realizar actos normales y moralmente valorables, según acabamos de verlo, el derecho todavía da un paso más definitivo en su construcción, que, mirado desde cualquier otro campo distinto, resulta inexplicable: les injerta a quienes declara legalmente incapaces un órgano de expresión, con cuyo concurso pueden actuar a sus anchas en la vida jurídica, creando, modificando y extinguiendo relaciones al igual que las personas capaces. Nos referimos a la representación legal, en virtud de la cual una persona distinta del agente incapacitado para obrar por sí mismo ejecuta el acto jurídico en nombre de este y, entonces, se produce el extraño fenómeno de que dicho acto se reputa cumplido directamente por el incapaz y libre de todo vicio por este concepto]". Así la institución de la representación legal es panacea para subsanar todas las causales de la incapacidad. Gracias a ella, las personas morales se materializan y se sanean las deficiencias sicofísicas de las personas naturales.

C) El Proceso de los actos

24. CRITERIOS DE VALORACIÓN. El acto humano, en el cual sus ingredientes sicofísicos se compenetran y se influyen íntima y recíprocamente, se desarrolla por medio de un proceso que, en sus lineamientos generales, se puede describir así: la mente concibe la idea del acto por realizar; la razón combina esta idea con otras que obran como móviles o motivos en pro o en contra de ella, hasta llegar a la selección o juicio favorable de la o de las que adquieren el carácter de móviles o motivos determinantes que ponen en movimiento la voluntad libre del agente, y producida la volición, si está llamada a trascender del fuero interno, se exterioriza conforme a la naturaleza del acto de que se trate. .

Ahora bien, entre la valoración sicológica del mencionado iter acti y su apreciacion jurídica surgen importantes discrepancias, motivadas por la diversidad de los criterios que se emplean para tales efectos, pues, según ya lo hemos dicho repetidamente, al derechp solamente le interesan aquellos aspectos del acto humano, modelo de qué! se sirve, que tocan con la ordenación de la vida social. Para tutelar la autonomía de la voluntad privada y para regular los efectos o repercusiones de los actos realizados por los sujetos jurídicos, respeLto de estos mismos, de los terceros y de la sociedad en general, la ley manipula, a su mejor acomodo, los elementos y las etapas reales que se dan en el proceso de desarrollo del acto humano. Algunos ejemplos demostrarán este aserto.

a) Para la validez del acto jurídico se exige cierto grado de conocimiento y de libertad de parte de los agentes. Tal es el fundamento de la institución jurídica de los vicios del consentimiento que, según la tradición doctrinal, comprende tres manifestaciones, a saber: el error, la fuerza y el dolo;. Esta misma enumeración es ya una construcción jurídica, pues realmente el conocimiento y la libertad humanas solo pueden estar viciados por la ignorancia, el error y el miedo; el dolo y la fuerza, en algunos casos son causas de tales vicios, pero no se confunden con ellos: cometidos por una persona pueden inducir a otra distinta, que es la víctima, al error o al temor. Sin embargo, la ley, al estructurar su institución, confunde causas con efectos, para facilitarle a la víctima la prueba de! vicio en su propia actuación. En efecto: e! error y e! temor son estados subjetivos, anímicos, difíciles de acreditar en sí mismos. Por e! contrario, los hechos dolosos y los violentos ordinariamente sí dejan huellas materiales, cuya comprobación le permite al juzgador ponderar la influencia que aquellos han llegado a ejercer en la realización de! acto jurídico por parte de la víctima.

b) En la etapa intelectiva del acto humano la lógica distingue entre el error, que consiste en la discrepancia del concepto con la realidad que este pretende representar, y la ignorancia, que es la ausencia misma del concepto. El derecho, para sus fines tutelares de la autonomía de la voluntad, identifica estos dos vicios, porque considera que el agente jurídico merece igual protección contra ambos.

c) Más aún, contrariando en mayor medida la realidad sicológica, nuestro Código, inspirado en la tradición romana y espaÚola, no acepta que el consentimiento se tenga por viciado cuando la ignorancia o e! error se refieran a cuestiones de derecho. En efecto, al consagrar en su art. gQ el principio de que "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa" iuris ignorantia non excusat), consecuentemente tuvo que acoger en su arto 1509 el corolario de tal principio: "e! error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento" (juris error nocet). Por tanto, en nuestra legislación la ignorancia y el error fortuito o provocado por el dolo solamente vician e! consentimiento cuando versan sobre cuestiones de hecho. Agrégase a lo dicho que, aun en este campo, e! casuismo tradicional reduce taxativamente el alcance del error de hecho a ciertos y determinados casos: cuando recae sobre la naturaleza del acto o contrato (error in negotio); o sobre la identidad misma de la cosa (error in ipso corpore rei)IS; o sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa (error in substantia)I~); o sobre los móviles o motivos determinantes de la celebración del acto especialmente cuando estos se refieren a las calidades accidentales de la cosa~1 o a la identidad o calidades de la personas. En cualesquier otros casos el error de hecho es indiferente, o sea, que el consentimiento se tiene por no viciado.

d) Ya se dijo que, además del relativo grado de conocimiento que se acaba de describir, el derecho también exige que la

voluntad de los agentes 'urídicos se produzca libremente y que, para garantizada, erige la fuerza o violencia en vicio del consentimiento, ya que esta puede producir en dichos agentes un temor tal que los constriña a realizar el acto. Pero la ponderación del mencionado vicio tampoco se reduce, como sería lo real, a investigar la influencia que haya alcanzado sobre el ánimo de la víctima, pues aunque de . tal investigación resulte que el temor producido por dicha fuerza haya sido definitivo para la realización del acto, si dicha fuerza no contraría el orden jurídico, se reputa justa y deja de constituir vicio del consentimiento.

e) La exteriorización de la voluntad, etapa final del acto jurídico, también se estructura y aprecia con base en criterios específicos. En principio, la expresión de la voluntad es libre, en el sentido de que los agentes pueden elegir a su arbitrio cualquier forma, con tal de que esta traduzca claramente la intención de participar en el acto en cuestión. Sin embargo, en numerosos casos deben observarse ciertas formalidades preestablecidas por la ley y sin las cuales la voluntad se tiene por no manifestada, o sea, que e! respectivo acto se reputa inexistente y no produce efecto algun023. Además, recuérdese que en este terreno de la expresión de la voluntad en los actos jurídicos también opera la peculiar institución de la representación, en virtud de la cual personas distintas de los agentes actuan por estos en el comercio jurídico.

f) Finalmente, y este es uno de los aspectos más importantes por considerar en e! análisis comparativo entre e! acto humano y el acto jurídico, la imputación del contenido y de los efectos de la voluntad en los dos órdenes se realiza de manera fundamentalmente distinta. En los actos humanos, e! contenido y los efectos de la voluntad están vinculados por una relación de causalidadreal y concreta. Por el contrario, los actos jurídicos pueden y suelen producir efectos que se atri-

buyen al querer de los agentes, aunque estos no los hayan previsto y, todavía más, aunque hayan tenido la intención positiva de descartatlos. Desde el momento en que los particulares usan de la facultad que la ley les confiere de participar en la función reguladora de las re!aciones sociales, mediante la realización de actos jurídicos, se presume que dichos particulares no solamente han querido los efectos previstos por ellos, sino también todos aquellos que la ley misma les atribuye, por vía imperativa o supletiva de la voluntad, y habida cuenta de la naturaleza de tales actos, como también todos los efectos que emanan de las cláusulas que son de uso común en actos de la misma índole.

CAPÍTULO IV

LOS ELEMENTOS DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO

25. DETERMINACIÓN. De la definición que hemos formulado del acto jurídico como la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos y de los anteriores análisis realizados en torno de la noción lógica del acto, resulta que sus elementos esenciales son dos, a saber: a) la manifestación de la voluntad de uno o más sujetos de derecho, y b) el objeto jurídico a que dicha manifestación de voluntad se endereza. Veamos en que consisten tales elementos.

26. LA VOLUNTAD EN EL ACTO JURÍDICO. Por definición, la voluntad del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico. Un hecho cualquiera en que falte tal

elemento, es decir, un hecho meramente físico o natural, como el nacimiento o la muerte de una persona, un terremoto, ete., aunque llegue a alcanzar resonancia jurídica pertenece a una categoría distinta de la que nos ocupa: a la del hecho jurídico.

Dado este carácter de elemento sustancial que reviste la voluntad en el acto jurídico, siempre tiene que existir realmente y no puede ser suplida por elementos distintos, como lo sería la realización de un hecho formal del que aparentemente se pudiera inferir la existencia de dicha voluntad. En las legislaciones modernas, dformalismo no obra al igual que en los sistemas simbo
listas, en los cual1s el solo cumplimiento de ciertas ritualidades es la causa suficiente y determinante (causa civilis obligandi) de la eficacia jurídica que se les atribuye a dichas ritualidades (jorma dat esse rei). En el estado actual del derecho, la forma solemne complementa en ciertos casos la voluntad, pero nunca la remplaza. Así el art. 1502 de nuestro Código Civil, al enumerar los requisitos para la existencia y la validez de los actos jurídicos, exige expresamente, "para que una persona se obligue", en virtud de uno de tales actos, que consienta en él, y el art. 1618 de la misma obra le ordena al intérprete preferir la intención real de los contratantes sobre su expresión material.

27. LA MANIFESTACiÓN DE LA VOLUNTAD. Obviamente, la voluntad de los agentes jurídicos debe exteriorizarse, pues al derecho solamente le interesan las actuaciones de aquellos que trascienden su fuero interno y repercuten en la vida social.
por otra parte, la consagración del postulado de la autonomía de la \.oluntad privada no es otra cosa que la invitación que el

legislador les hace a los particulares para que estos, me~iante sus acto.s jurídicos, participen en la función reguladora de la vIda socIal. Luego es indispensable que la manifestación de la voluntad en esta clase de actos sea suficientemente clara e inteligible, .

Pero este requisito de la suficiente claridad de la manifestación de la voluntad en los actos jurídicos no se opone a la libertad que, por regla general, hoY se les reconoce a los agentes para elegir, a su arbitrio, la forma de realizarla. Así, estos pueden servirse, según su mejor conveniencia, de la expresión oral o escrita, o pueden emplear signos o realizar hechos que, de acuerdo con la ley o con los usos comunes, traduzcan inequívocamente la voluntad de actuar; y hasta en ciertas legislaciones modernas, como la alemana, la suiza y otras, se admite que el solo silencio puede llegar a constituir, en ciertos casos, forma adecuada de consentir en los actos jurídicos.

Según lo anteriormente dicho, la liberación de la voluntad privada en el derecho actual, no solamente versa sobre la amplitud del campo de acción que se le reconoce al acto jurídico, sino también respecto de las formas elegidas por los agentes para manifestar su voluntad. De esta suerte, los postulados de la autonomía de la voluntad privada y de la consensualidad de los actos jurídicos se cor~jugan y complementan recíprocamente.

Sin embargo, el derecho moderno tampoco ha podido prescindir totalmente del formalismo. Fundándose en variadas consideraciones, atañederas principalmente a la protección de los agentes y de los terceros, y a la de la seguridad del comercio, se ha visto en la necesidad de exigir que ciertos ac

tos, en verdad no pocos, se revistan de formalidades más o menos rígidas, cuya inobservancia puede repercutir sobre la existencia y eficacia de dichos actos.
Así, cuando las formalidades legales se requieren ad substantiam, el acto respectivo essolemney, sin aquellas, se reputa inexistente e inepto para producir efecto civil alguno.
De lo dicho se concluye que, así como la forma solemne no suple jamás la voluntad de los agentes, según ya lo declaramos anteriormente, esta tampoco remplaza a aquella, porque la inobservancia de dicha forma solemne, por sí sola repercute sobre la existencia del acto.

Como resumen de lo expuesto hasta ahora en relación con el primero de los elementos del acto jurídico, puede decirse que la voluntad intrínseca del agente o agentes y la manifestación de ella, informal o formal, según las exig:ncias legales, se integran y complementan recíprocamente para formar dIcho elemento, sin el cual el acto es inexistente ante el derecho, porque, se repite, la voluntad oculta o ilegalmente expresada es ineficaz, y la manifes
tación aparente, por sí sola es jurídicamente irrelevante, salvas excepciones tocantes a la protección de los terceros de buena fe, cuya consideración sobra por el momento.

28. EL OBJETO DE LOS ACTOS JURÍDICOS. El segundo elemento del acto jurídico, tan esencial como el primero, consiste en que la manifestación de voluntad, que es la sustancia de dicho acto, debe encaminarse directa o reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, modificar o extinguir relaciones de esta índole. En esto consiste el objeto jurídico del acto.

Los actos humanos que son "hechos de naturaleza y, a la vez, hechos de voluntad", no siempre pertenecen a la categoría de los actos jurídicos. En primer lugar, hay que observar que, a diario, se producen en la vida social infinidad de actuaciones humanas, dotadas de su elemento intrínseco, o sea la voluntad y la exteriorización de esta, pero que el derecho no las toma en cuenta para nada. Tales los actos individuales que solamente miran a la conducta del hombre para con Dios o para consigo mismo: orar, bañarse, leer, comer, etc. Y tales también los actos humanos que, aun cuando trasciendan a la órbita social, es decir, a la vida de relación entre los hombres, no comprometen el fin propio del derecho, cual es la conservación del orden y bien comunes, sin perjuicio de que dichos actos puedan estar gobernados por normas de otra índole, v. gr., las del decoro, del honor, de la caridad, o de los usos sociales: la observancia de ciertas reglas de urbanidad cuando nos sentamos ante la mesa, el uso de trajes de etiqueta en determinadas ceremonias, decir mentiras inofensivas, visitar a los enfermos, etc.

En segundo lugar, la vida social también registra incontables actuaciones humanas que, aun cuando se desarrollen en el campo propio del derecho, tampoco constituyen actos jurídicos porque no producen nuevos efectos, o sea que no crean, ni modifican, ni extinguen relaciones de esta especie; por ejemplo, el hecho de que una persona habite su propia casa, o que el arrendatario use la cosa arrendada, o que el cazador consuma la pieza cobrada. Son estas reales actuaciones humanas que, aunque impliquen el ejercicio de facultades autorizadas por el derecho, solamente persiguen un fin práctico. Así, el objeto del hecho voluntario que realiza quien habita su casa es la satisfacción de la necesidad de guarecerse bajo un

techo, como el objeto que persigue el cazador es el de satisfacer la necesidad de aliment04.

En tercer lugar, como ya lo hemos explicado", aun en el supuesto de que los hechos voluntarios, al intervenir en la formación de la~ situaciones que ponen en movimiento las normas jurídicas, contribuyan efectivamente a la crea ción, modificación o extinción de relaciones de esta especie, frecuentemente dichos hechos voluntarios se limitan a desempeñar en el referido proceso un
papel simplemente catalizador, igual al que cumplen los hechos de la naturaleza, como el nacimiento o la muerte de una persona, o el cambio del lecho de un río. Unos y otros alcanzan resonancia jurídica: a consecuencia de ellos se crean, modifican o extinguen relaciones de derecho, pero este efectO se produce por el solo ministerio de las normas, de las cuales constituyen hipótesis para la aplicación de aquellas. Así, de la propia manera que por el cambio del lecho de un río, uno de los riberanos adquiere la propiedad del terreno liberado y el otro la pierde respecto de la zona ocupada, la comisión de un homicidio -hecho voluntario- da lugar a la aplicación de las sanciones penales y civiles que legalmente debe sufrir el homicida, independientemente y aun contra el querer de este. Pues, aun suponiendo que quien comete el delito hubiera buscado intencionadamente la sanción, como en el caso de que con la reclusión en una cárcel pretendiera eludir venganza inminente, para la aplicación de esta pena -que es el efecto jurídico imputado al hecho delictuoso- la ley no se funda en tal intención: la respectiva norma jurídica obra por la sola comisión del homicidio. Quiere esto decir que el mencionado hecho voluntario pertenece a la especie de los llamados en nuestra nomenclatura legal hechos jurídicosli.

Algo bien distinto de lo anteriormente dicho ocurre en el campo del. acto jurídico. En él las normas operan y los efectos se producen en función de la voluntad de los agentes, vale decir, en cuanto estos, intencionada y reflexivamente procuren crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.
Este papel específico que desempeña el acto jurídico en el campo del derecho se explica, por cuanto dicho acto constituye ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad privada que, como ya lo sabemos, consiste en la invitación que el legislador, ante sus propias limitaciones, les hace a los particulares para que colaboren con él en la función reguladora de las relaciones sociales. Por tanto, en el momento en que estos acepten tal invitación, el acto o los actos realizados tienen un sentido predeterminado y definido: hacer las veces del legislador en la misión que a este le corresponde de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

29. TEORÍAS DIVERGENTES ACERCA DEL OBJETO DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Surgen en este punto unos interrogantes de señalada importancia doctrinaria, a saber: ¿la eficacia del acto jurídico depende exclusivamente de la voluntad de los agentes, en forma tal que dicha eficacia queda limitada a los aspectos realmente previstos y queridos por aquellos? O, por el contrario, celebrado un acto, las normas jurídicas, a la vez que aceptan las regulaciones libremente consentidas por los agentes, ¿pueden complementar la voluntad de estos y atribuirle al mencionado acto efectos no buscados ni aun siquiera previstos por los agentes? Con otras palabras: ¿la manifestación de voluntad en los actos jurídicos tiene un objeto concreto estrictamente vinculado a aquella por una relación real de causalidad? O, simplemente, ¿basta que dicha manifestación de voluntad persiga un objeto genérico, cual sería la creación, modificación, o extinción de

relaciones de derecho, para que el acto jurídico produzca los efectos expresados por los agentes y, además, otros que la ley les atribuye?
La solución de estas cuestiones depende del enfoque filosóficojurídico de ellas.

30. a) L\ TEORÍA DEL OBJETO JURÍDICO CONCRETO. Como ya lo sabemos, el pensamiento racionalista erigió la voluntad individual en causa suprema de la vida social y de todas sus instituciones. Luego, con mayor razón dentro de este orden de ideas, dicho sistema atribuyó totalmente la eficacia de los actos jurídicos privados a la real voluntad de los agentes, quienes, por derecho propio y según su mejor conveniencia, serían los llamados a organizar autónomamente sus relaciones y a determinar la naturaleza, alcance y modalidades de la regulación que quisieran darles a aquellas. O sea que, dentro de esta concepción, la voluntad de los agentes es "la fuerza creadora" de todos los efectos de los actos jurídicos7; de donde se concluye lógicamente que estos solo pueden producir los efectos que realmente puedan aducir como su causa esa voluntad o intención de los agentes, la cual, por tanto, constituye el único criterio de que puede servirse el intérprete en trance de aplicación de tales actos.
De aquí la oposición, a la postre derrotada, que se presentó al redactar el Código de Napoleón respecto de consagrar en esta obra la aplicación más importante del postulado de la buena fe en la ejecución de los actos jurídicos, cual es la de asignar a estos no solo los efectos expresamente previstos por los agentes, sino también la de considerar incorporados en tales actos y, por tanto, obligatorios todos aquellos otros efectos que derivan de la naturaleza del acto o contrato que, por la ley, le pertenecenH.

31. b) LA TEORÍA DEL OBJETO JURÍDICO GENÉRICO. Superado el pensamiento racionalista y reducida la voluntad privada a su justa subordinación a las normas e instituciones jurídicas, que son precisamente las que le reconocen o desconocen a dicha voluntad su poder regulador, en la doctrina moderna es ya indiscutible la tesis de que los actos jurídicos, al poner en movimiento las normas legales pertinentes, pueden producir efectos no previstos por los agentes y hasta contrarios a su voluntad expresa; de donde se concluye que no es necesario, para la estructuración de esta especie de actos, un objeto concreto determinado por la real intención de dichos agentes, sino que basta que estos, al decidirse a aceptar la invitación que envuelve el postulado de la autOnomía de la voluntad privada, genéricamente quieran participar en la creación, modificación o extinción de relaciones de derecho.

Esta tesis es incontrovertible en nuestro ordenamiento positivo. La subordinación de la voluntad privada a los preceptos legales está claramente consagrada en nuestro Código. Para que un acto jurídico adquiera vigor normativo, o sea, para que sea reconocido como jurídicamente obligatorio, debe estar legalmente celebrado!'. Si es contrario a la ley imperativa, al orden pÚblico o a las buenas costumbres, la voluntad de los agentes es ineficazlO. Realizado el acto de conformidad con las condiciones legales prescritas para su existencia y validez, no solamente obliga a lo que en él se expresa, sino a tOdas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, o que por el uso común se presumen aunque no se expresen J i. Evidentemente, pues, en el derecho civil colombiano, la voluntad genérica de producir efectos jurídicos es suficiente para que los respectivos actos pongan en movimiento las normas

pertinentes que reconocen los efectos que han sido previstos y queridos por aquellos, como también los que tales normas les atribuyen por vía imperativa o supletiva.

32. c) TEORÍA DEL OBJETO -FIN PRÁCTICO-. Frente a las dos tesis contrapuestas que se han referido, se ha presentado en la doctrina una tercera posición que considera que el objeto en los actos jurídicos no está constituido por los efectos de esta índole (jurídicos) que los agentes persiguen en forma concreta o genérica, sino por el fin práctico que estos persiguenJ2.
Esta nueva variante es inaceptable. Obedece a la consabida confusión que ya hemos apuntado entre el acto jurídico y el acto humano. En este último siempre hay un fin práctico que se confunde con el objeto de la voluntad, y nada más. Este fin no puede faltar, porque sin el el acto dejaría de ser propiamente humano y quedaría reducido a la categoría de los simples reflejos involuntarios o de las actuaciones irracionales, como las que realizan los dementes. Hemos visto que el proceso de desarrollo de todo acto volitivo se inicia con una etapa intelectiva, en la cual la mente concibe la idea de la acción y la combina con otras que obran como móviles en pro o en contra de aquella. Si este juicio o razonamiento es favorable, los móviles que ponen en acción la voluntad libre determinan el fin práctico que esta persigue y, por ello, se denominan móviles determinantesl3.

El acto jurídico, por ser voluntario, obedece, como el acto humano, a un fin práctico, sin el cual carecería de sentido en sí mismo respecto de los agentes y de la vida social. Nadie realiza un acto jurídico simplemente porque sí, sino en consideración a los resultados prácticos que mediante él pueden

alcanzarse. Pero el acto jurídico presenta una característica que lo diferencia fundamentalmente de cualesquier otros hechos o actos voluntarios: en él la finalidad práctica se busca por medio de una operación jurídica. Mediante la creación, modificación o extinción voluntaria de relaciones de tal índole se logra o se pretende lograr aquella finalidad.

Por esto último, legislaciones como la nuestra distinguen en el acto jurídico: de una parte, su objeto, que es el contenido jurídico de la operación, y de otra, el fin práctico determinado por los móviles o motivos que inducen a la celebración del acto y que constituyen su causa. Unos ejemplos ya clásicos en la doctrina y en la jurisprudencia, enfocados a la luz de nuestro Código Civil, aclaran suficientemente la mencionada distinción. Si se celebra un contrato por el cual una de las partes se obliga a pagarle a la otra una suma de dinero, a cambio de que esta cometa un homicidio, tal contrato tiene objeto ilíciio, porque una de las obligaciones (efecto jurídico) versa sobre una prestación condenada por la ley, el orden público y las buenas costumbresl4. Pero si se celebra un contrato de arrendamiento de local destinado por las partes, o por el arrendatario con conocimiento del arrendador, al establecimiento de un garito o de un lenocinio, el objeto de dicho contrato es lícito, porque la obligación que contrae el arrendador de poner y mantener al arrendatario en el uso del local, y la que este adquiere de pagarle a aquel el precio del alquiler, tienen prestaciones lícitas. La operación, por sus efectos jurídicos, aisladamente considerados y en su conjunto, es legalmente irreprochable. Sin embargo, ella conduce a un fin práctico inmoral, cual es la explotación y fomento del vicio del juego o de la prostitución y, por tanto, tiene causa ilícita 1".

La identificación que se critica entre el objeto jurídico y el fin práctico o causa, fundada en la confusión entre el acto jurídi-

co y el acto humano, en el cual aquel objeto obviamente no existe, sino solo el fin práctico a que tiende la voluntad, es fuente de graves errores que afectan la noción lógica del acto jurídico y la recta comprensión de las instituciones que esta preside.

En primer lugar, hace imposible la distinción lógica entre el acto jurídico y el hecho jurídico voluntario, porque ambos tienen un fin práctico querido por los agentes. ¿En qué se diferencian la venta que una persona realiza y el robo que otra comete, si en ambos casos los agentes tratan de procurarse una suma de dinero para satisfacer una necesidad económica?

En segundo lugar, la tesis criticada también destruye la distinción lógica entre el acto jurídico ilícito y el hecho jurídico ilícito y deja sin explicación efectos ue la ley le atr!buye a aquel y no a este. Así. aunque uno y tratese una fuente de responsabihdad Civil y hasta penal en ciertos casos, la institución de la de / dad civil no obra respecto del hecho jurídico ilícito, porque tal sanción. ncamina precisamente a esconocer a e ICaCla que, en otras Circunstancia tendría el acto jurídico y, en tercer lugar, también se destruiría la distinción entre los con ptOS de objeto y causa en el acto jurídico, lo que, ya se dijo, sería incompatible con nuestro ordenamiento positivo que expresamente establece tal distinción Y deriva de ella consecuencias de señalada importancia.

Para terminar, vale la pena advertir desde ahora a este propósito que si el acto jurídico es por definición una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, la causa, identificada con los móviles o motivos determinantes que inducen a buscar una finalidad práctica mediante la operación jurídica, no es un elemento distinto en tal clase de actos, que se pueda aislar dentro del proceso intelectivoyolitivo, sino que, por el contra-

rio, forma parte integrante e inseparable de este. En efecto, desde el momento mismo en que se habla de voluntad directa)' reflexiva, se indica que esta está determinada por móviles o motivos pon"derados por la razón. De manera que si tales móviles o motivos faltan, no existe ni acto jurídico ni acto humano, sino, como ya se dijo, un reflejo involuntario o una actuación irracional legalmente tratada con procedimientos específicos, como los que se emplean para la valoración de los actos de los dementes.

33. EL OBJETO ESPECÍFICO DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

Sentado el principio, impuesto por definición lógica, de que todo acto jurídico ha de tener un objeto consistente en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, también resulta claro que ya en tratándose de cada acto particular, su objeto o contenido es igualmente particular o específico y difiere del objeto de otros actos distintos. En el contrato de mutuo el objeto específico está constituido principalmente por la tradición de una cosa fungible que le hace el mutuante al mutuario y por la obligación a cargo de este último de restituir dicha cosa; la convención de prórroga del mencionado contrato tiene por objeto la ampliación del plazo para la restitución, y, en fin, está restitución por el mutuario estructura otro acto, el pago, cuyo objeto es la extinción de la obligación generada por el mutuo. Véase, por tanto, que tres actos jurídicos, aunque intercoordinados, tienen objetos específicos diferentes.
De otro lado, quienes otorgan o celebran un acto jurídico, por lo general, solo atienden a los efectos princiPales que este está llamado agenerar según su especie, pero no se detienen

en la consideración de los efectos secundarios o accesorios de él, bien sea porque los ignoran, o bien porque dan por sabido que estos habrían de producirse por ministerio de la precepti-
va
legal pertinente y sin necesidad de expresa estipulación al respecto. En la compraventa, por ejemplo, los contratantes miran a los resultados económicos que persiguen directamente y a su asegurar ~liento jurídico mediante la creación de las obligaciones tocantes con la tradición de la cosa vendida y el pago del precio. De esta suerte, el referido contrato podría redactarse en breves líneas. Pero la ley no se contenta con sancionar los efectos jurídicos que las partes expresamente estipulan dentro del ámbito legal de su autonomía, sino que también complementa y desarrolla la voluntad declarada, llenando los vacíos de que esta adolezca. Con fundamento en la secular experiencia social y en las soluciones que esa experiencia y la razón han aconsejado y aconsejan adoptar, el legislador estructura una disciplinajurí
dica que se traduce en normas generales para todos los actos jurídicos y en normas ya específicas que gobiernan cada clase particular de dichos actos, normas unas y otras que, a veces y aunque por excepción, se imponen por vía imperativa o que, por lo regular, estár:. llamadas a completar y a suplir la deficiente voluntad declarada por los agentes. Así, en nuestro ejemplo del contrato de compraventa, acordadas las partes en cuanto a sus obligaciones relativas a la cosa y al precio, mientras dichas partes no deSLarten los requisitos y efectos legales que no les estén impuestos de modo imperativo, sa silencio al respecto precipita tales efectos: v. gr., sin necesidad de estipulación expresa surge la obligación del vendedor de sanear la evicción de la cosa vendida, la rescisión del contrato o el reajuste del precio por vicios redhibitorios de dicha cosa, la resolución por incumplimiento, etc.

De lo anteriormente expuesto resulta, según lo declara el arto 1501 de nuestro Código Civil, que el objeto o contenido jurídico específico de cada acto, considerado en particular, está integrado por tres clases de elementos, a saber:

a)Los elementos esenciales (essentialia negotii). Constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar
jurídicamente y el sentido en que quieren hacerla. Así, en la compraventa son esenciales la determinación de la cosa que el vende~of' debe tradir y la determinación o la forma de determinar el precio. Si lo~ c°,ntratantes guardan silencio acerca de estos elementos, v. gr., si nada dicen acerca del precio, o bien no se producen los efectos de la compra-venta, o bien, apareciendo de manifiesto el ánimo de liberalidad de parte del sediciente vendedor, tal compraventa degenera en una donación.

b) Los elementos naturales (naturalia negotii). Son aquellos efectos que las partes suelen estipular como accesorios de los elementos esenciales, pero que, aun a falta de estipulación, se producirán espontáneamente opera legis, como la obligación del vendedor de sanear la evicción o la de indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento.

c) Los elementos accidentales (accidp;Üalia negotii). Así se denominan los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión, como el pacto de retroventa, o el comisario, o las estipulaciones que agravan o atenúan la responsabilidad y las que sujetan los derechos a plazos o condiciones.

En suma: lo que importa poner de manifiesto desde ahora es que el objetO específico de los actos jurídicos está constituido por su contenido de b misma índole, o sea, por su conteni-

do jurídico asignado por los agentes o por 1<:1 ley. De ahí que hayamos rechazado la teoría del objeto-fin práctico que confunde el objeto con la causall¡ y que igualmente debamos rechazar la noción de nuestro Código Civil, heredada de su modelo francés, que confunde el objeto jurídico con las cosas u objeto material del actol7.

SECCIÓN 1

PRINCIPALES CLASIFICACIONES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

34. PRECISIÓN. No abrigamos el propósito de relacionar aquí todas las clasificaciones de los actos jurídicos que la doctrina ha formulado con fundamento en criterios más o menos atendibles, sino únicamente aquellas que, en nuestro sentir, tienen real incidencia en el régimen de nuestras instituciones positivas.

CAPÍTULO 1

ACTOS JURÍDICOS UNIPERSONALES y CONVENCIONES

35. LA CLASIFICACION. El criterio en que esta se funda es el del número de partes (Partícipes) en el acto jurídico, entendiendo por tales los sujetos de derecho a quienes, real o presuntivamente, se les atribuye la realización o celebración del acto '. Así, son actos unipersonales el otorgamiento de un testamento y la aceptación de una asignación sucesoral, porque en cada uno de ellos solo participa un agente: el testador o el asignatario aceptante, respectivamente. y pertenece a esta misma categoría el acuerdo adoptado por un órgano colegiado de una sociedad o persona jurídica, porque, a pesar de que en él intervienen los votos de los miembros que integran dicho órgano, el acto jurídico resultante, o sea, el acuerdo, se reputa realizado por la sociedad como agente único.
Por el contrario, en las convenciones siempre hay dos o más partes o partícipes cuyas actuaciones concurrentes a un mismo objeto jurídico se reputan independientes entre sí. Tal sucede en cualquier contrato, como la compraventa, en la cual existen dos partes: el vendedor y el comprador. Y lo propio ocurre en cualquier convención encaminada a crear, o a modificar, o a extinguir relaciones jurídicas, v. gr., el pago, la tradición, etc.2.

36. ACTOS UNIPERSONALES SIMPLES y COMPLEJOS. El acto unipersonal puede perfeccionarse mediante una manifestación simpte o singular de la voluntad del agente único a que se atribuye. Así, el testamento es obra de la sola voluntad del testador. Entonces, se dice que el acto es unipersonal simple. Pero, como ya lo hemos visto, también existen actos que jurídicamente se atribuye en a un solo agente o sujeto de derecho, aunque en su formación intervengan varias voluntades individuales, como sucede con los acuerdos adoptados por los órganos colegiados de las personas jurídicas. Estos actos se denominan unipersonales complejos o colectivos:

unipersonales porque se imputan a un solo agente, la persona jurídica, y comPlejos o colectivos porque suponen el concurso de voluntades de todos aquellos que intervienen en su adopción o perfeccionamiento.

37. CONVENCIONES y CONTRATOS. Las convenciones se suelen definir diciendo que son los acuerdos de las voluntades de dos o más agentes encaminados a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Pertenecen a este género todos los contratos, que son la fuente principal de las relaciones obligatorias, el convenio entre el acreedor y el deudor sobre prórroga del lérmino para el cumplimiento de obligación ya existente entre ellos, el pago que hace el deudor al acreedor y que es el modo normal de extinguir obligaciones, etc.

38. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN Y DE LAS SUBCLASIFICACIONES. Dentro de esta clasificación general delas convenciones, conviene destacar la especie más importante de ellas, cual es la de los contratos, cuyo efecto principal es la creación de obligaciones.

.

El art. 1495 del Código Civil define: "Contrato o convención es el acto por el cual una parte se obliga para con otraadar, ahacer o no hacer alguna cosa".. Esta definición legal es defectuosa por dos aspectos. En primer lugar, da a entender que los contratos solamente pueden producir obligaciones a cargo de una de las partes y en favor de la otra, cuando en realidad dichas obligaciones generalmente son recíprocas, vale decir, que nacen a, cargo y en favor de ambas o de todas las partes contratantes. En segundo lugar, la identificación que el texto legal trascrito hace entre las nocidnd; de conven-

ción y de contrato tampoco es de recibo en la doctrina que considera que la primera es el género y la segunda es una especie dentro de este. En efecto, el objeto de las convenciones es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas de cualquier naturaleza, al paso que el objeto principal y generalmente exclusivo del contrato es la creación de obligaciones, o sea, de esos vínculos jurídicos específicos en virtud de los cuales una persona llamada acreedor puede exigir de otra denominada deudor la ejecución de una prestación: dar, h'lcer o no hace alguna cosa. En conclusión, bien se puede deCir que todo contrato es una convención, pero no que toda convención es un contrato.

39. a) DEL ACTO UNIPERSONAL y LA CONVENCIÓN. Esta clasificación reviste señalada importancia teórica y práctica. Las convenciones gozan de todas las preferencias de parte de la doctrina y de los legisladores. En ellas los efectos que están llamadas a producir se explican, en principio, por la intervención voluntaria de las personas que los padecen y de las que se benefician con esos efectos. Mediante un acuerdo o concurso voluntario los interesados determinan la regulación de sus propias relaciones y señalan, a lo menos genéricamente, el alcance, las modalidades y las condiciones de esta autorregulación. Por ello, la doctrina y la ley, al consagrar el postulado de la autonomía de la voluntad privada, les reconocen a las convenciones el más amplio campo de acción compatible con el orden público.
Por el contrario, al enmarcar los actos jurídicos unipersonales en el campo del postulado de la autonomía privada, un sector de la doctrina tradicional, fundado en un principio de hirsuto dogmatismo racionalista, que se enuncia diciendo que "nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad", ha llegado a

negarles toda eficacia obligatoria a los actos jurídicos unipersonales. Se dice que estos, al generar derechos en favor u obligaciones a cargo de su ínico agente, necesariamente llegarían a imponerles obligaciones y derechos correlativos, respectivamente, a personas que no han prestado su voluntad para adquirirlos.

Como lo veremos en su oportunidad, el precitado argumento apenas sí tiene un alcance relativo. Justifica la restricción legal de la eficacia de los actos unipersonales, pero es inepto para negársela totalmente. Además, esta actitud radical no se compagina con la tradición del derecho occidental, como tampoco con nuestros establecimientos legales que les reconocen fuerza normativa a varios actos unipersonales, como la aceptación de una asignación sucesoral, la agencia oficiosa, la oferta, etc.4.

En conclusión: la importancia de la clasificaCión de los actos jurídicos en uniPersonales y convenciones estriba en la gr~n amplitud que la ley asume al señalar el campo de acción de estas, en contraste con la actitud restrictiva que observa respecto de aquellos.

40. b) DE LOS ACTOS UNIPERSONALES SIMPLES y COMPLEJOS.

Esta subclasificación de los actos unipersonales no fue inicialmente aceptada por la doctrina que, fundándose en las características comunes de los actos unipersonales complejos o colectivos y las convenciones, principalmente en lo tocante al perfeccionamiento de ambos mediante el concurso de las voluntades de varias personas, generalmente consideró que aquellos apenas si constituian una especie de las convenciones.

Sin embargo, debido principalmente a la multiplicación progresiva de las personas jurídicas y a los delicados problemas que presentan su funcionamiento Y el régimen a que deben someterse los actos cumplidos por los órganos colegiados de aquellas, se ha impuesto la necesidad teórica y práctica de distinguir entre las convenciones y los actos unipersonales complejos o colectivos, necesidad a que vienen atendiendo las legislaciones mercantiles más avanzadas, mediante la elaboración de estatutos que sustraen, en parte más o menos considerable, los actos unipersonales complejos o colectivos del régjmen común de los actos unipersonales simples y de las convenciones.

Como ya quedó dicho, el acto unipersonal complejo o colectivo se caracteriza por atribuirse a una sola persona (al ente jurídico), aunque se forme mediante la suma de las voluntades de quienes intervienen con sus votos en órgano colegiado de aquella. Entonces, el análisis jurídico de tales actos no ha revelado problema alguno en la valoración de los votos o manifestaciones individuales de voluntad de los miembros del órgano colegiado ni en la aplicación a ellos de las reglas y principios comunes a todos los actos jurídicos. Así, las instituciones de la capacidad legal, de los vicios del consentimiento, ete., obran normalmente en este campo. Pero tales reglas y principios comienzan a fallar sensiblemente cuando se trata de aplicarlos al acuerdo del órgano, es decir, al acto jurídico complejo que se atribuye al ente jurídico. Siguiendo los ejemplos que se acaban de proponer, la institución de la capacidad legal cobra en este terreno un sentido propio y específico, pues ya no actúa con fundamento en el criterio general de proteger el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la persona jurídica, sino con el de determinar

si el órgano colegiado procede o no dentro del objeto asignado a la persona y dentro del funcionamiento y las atribuciones legal o estatutariamente señaladas al órgano". En el mismo orden de ideas, los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) pueden predicarse adecuadamente respecto de la manifestación individual de voluntad de quien emite su voto en un órgano colegiado, pero no del acuerdo de dicho órgano, porque tal acuerdo no es un acto síquico, sino que es el resultado de un procedimiento estrictamente jurídico que consiste en hacer el cómputo de los votos afirmativos y válidos emitidos para verificar si estos alcanzan al número suficiente para que el acuerdo se considere aprobado y pueda atribuirse a la persona jurídica como un acto suyo, ete.

41. c) DE LOS CONTRATOS. En una etapa de gran desarrollo social yeconómico, como el que registra nuestra época, sin duda alguna el contrato ocupa el principado de los actos jurídicos.

En las sociedades poco avanzadas, de economía familiar y cerrada, el derecho privado se ocupa preferentemente de la apropiación y conservación de la riqueza. Pero, a medida que la vida social evoluciona, las relaciones y las transacciones comerciales se van multiplicando en progresión creciente. Los bienes o la gran mayoría de ellos ya se encuentran apropiados y, entonces, las necesidades económicas se' satisfacen mediante el intercambio de tales bienes y, además, mediante la prestación de servicios entre los asociados. De esta suerte, los contratos y las obligaciones que constituyen el objeto específico de estos (dar, hacer o no hacer) cobran cada día mayor importancia, hasta llegar a convertirse en el eje central del derecho privado. Comparativamente, los actos jurídicos unipersonales y las demás convenciones encaminadas a crear

relaciones distintas de las obligaciones propiamente dichas, e a modificar, o a extinguir relaciones preexistentes, ocupan ante aquellos lugar secundario.
Cabalmente, las precitadas consideraciones han influido de modo decisivo en la tendencia de los legisladores a convertir el contrato en el soporte más importante de la vida social y a hipertrofiar su noción, hasta el punto de estructurar la totalidad de la teoría genera! de los actos jurídicos a través de esta noción.

---

1 Esta expresión parte se emplea también en el campo contractual y en el derecho procesal para designar a la persona o personas que representan un interés común, como el vendedor o vendedores conjuntos, o como el heredero o los herederos que representan al causante en un proceso de declaración de paternidad natural.
2 En la nomenclatura usualmente empleada por la doctrina, el acto jurídico unipersonal se denomina unilateral, por contraposición a las convenciones llamadas actos bilaterales. Pero estas expresiones merecen un doble reparo. En primer lugar, la expresión acto bilateral sugiere la falsa idea de que en las convenciones pueden ser más y hasta muchas, como en un contrato de sociedad, por lo cual sería mejor entonces emplear para calificadas la expresión jJluTilaterales. Además, la comentada nomenclatura se emplea también en una de las más importantes clasificaciones de los contratos. Se dice que estos sonunilaterales cuando solamente producen obligaciones a cargo de una de las partes, como el mutuo, el comodato, el depósito, etc. Y se dice que son bilaterales cuando producen obligaciones recíprocas entre todas las partes, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, etc. Esta anfibología es causa de frecuentes confusiones entre los actos jurí-

dicos y los contratos así denominados, pues, como queda dicho, respecto de los primeros se atiende al número de las partes y respecto de los seh'1.mdos a la carga o gravamen que estas contraen.

3 El Código de Comercio incurre a este propósito en error de mayor magnitud, traído del Código Civil italiano. Define aquel en su arto 864: "El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial". Así, si el Código Civil pretendió reducir el género de convención a su especie el contrato fuente de obligaciones, el de Comercio hipertrofia la noción del contrato, confundiéndolo con el género convención, de donde resultaría que hasta el pago, acto extintivo de las obligaciones, sería un contrato.

4 Véase núm. 381, inlra.

5 Código de Comercio, art. 99.

CAPÍTULO II

ACTOS JURÍDICOS FORMALES E INFORMALES

42. LA CLASIFICACIÓN. Los actos jurídicos son consensuales o informales cuando se perfeccionan por la sola voluntad del agente o agentes, sin que dicha voluntad tenga que expresarse o manifestarse por medio de formas predetermi-

nadas. Por el contrario, s o nformales los actos que requieren, en su otorgamiento o celebración, la observancia de ciertas formalidades prescritas por la ley o por la voluntad de los agentes. Son, así, informales la compraventa de bienes muebles, el arrendamiento, el mandato, la sociedad civil, etc. Pero la compraventa de bienes inmuebles, el testamento, la sociedad mercantil, etc., son actos formales, porque la'ley prescribe respecto de ellos la observancia de formalidades,- tales como el otorgamiento de escrituras públicas, ~a concurrencia de cierto número de testigos, etc.

43. ACTOS SOLEMNES Y ACTOS FORMALES "AD PROBATIONEM". En el estado actual del derecho, los requisitos formales que la ley exige para el otorgamiento o la celebración de ciertos actos jurídicos no obedecen a un criterio único ni su inobservancia tiene siempre la misma repercusión sobre dichos actos.

En primer lugar -y esta es la manifestación más importante del formalismo-, respecto de ciertos actos, la observancia de las formas prescritas por la leyes un requisito para la existencia misma de tales actos. Esas formas constituyen cauces predeterminados y absolutos mediante ~loskuales debe expresarse la voluntad de los agentes, hasta el punto de que su omisión por parte de estos conduce a que su voluntad se tenga por no manifestada, a que el acto se repute inexistente y "no produzca ningún efecto civil"'. Tal sucede, por ejemplo, en la compraventa de bienes inmuebles, la que debe celebrarse por escritura pública que no puede ser omitida ni sustituida por otra formalidad, v. gr., por el otorgamiento de un documento privado, so pena de que dicho contrato se tenga por no celebrado y sea absolutamente ineficaz. Los actos jurídicos en que las formalidades legales alcanzan esta significación se denominan solemnes, porque estas formalidades se exigen ad solemnitatem o ad substantiam actus.

En segundo lugar, siguiendo la tradición francesa, la ley 153 de 1887 (arts. 91 a 94) exigía que todo acto o contrato que contuviera la entrega o la promesa de cosa que valiera más de quinientos pesos debía constar por escrito. Pero este requisito de la escritura pública o privada no afectaba ni la existencia ni la validez del acto de que se trataba, sino que solamente incidía en su probanza judicial. En efecto, con esta formalidad únicamente se pretendía la exclusión de la prueba testimonial respecto de los actos que tuvieran un valor apreciable, como el ya mencionado que la ley fijaba. De esta suerte, la omisión del escrito no impedía el perfeccionamiento del acto ni constituía vicio de este, si no que, salvas excepciones, dicho acto no podía acreditarse judicialmente con la prueba testimonial, pero sí con otros medios probatorios distintos, como la confesión, lo que demostraba que aquel sí existía válidamente, a diferencia de los actos solemnes, en los cuales la inobservancia de la forma los hace jurídicamente inexistentes. Por ello, al lado de estos últimos hay que registrar la especie de los actos formales ad probationem, cuyo ejemplo único en nuestra legislaciÓn civil era el que acabamos de citar2.

44. ACTOS FORMALES "AD VOLUNTATEM". La voluntad de los agentes puede convertir enformal cualquier acto jurídico que, según la ley, sea simplemente consensual, como cuando las partes en un contrato de compraventa de bienes muebles o en uno de arrendamiento resuelven someter el perfeccionamiento del contrato al otorgamiento de escritura pública o privada~. De esta suerte, los agentes, en ejercicio de la facultad que tienen de someter sus actos a condiciones lícitas y posibles, pueden convertidos en formales.

45. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN. En el derecho occidental, las relaciones entre la voluntad y el formalismo en los actos jurídicos han sufrido una larga evolución que parte del predominio absoluto de este último, es decir, del formalismo, en el sistema del iv.s civile romano, que consagró rígi- : damente los principios "el solo pacto no produce obligaciones" (nuda pactio i obligationes non parit) y "la forma le da existencia al acto" (forma dat esse rei), hasta llegar en el derecho moderno, después de no pocas vicisitudes, a la prevalencia de la voluntad de los agentes respecto de las formas legales, sistema que se expresa en el aforismo diametralmente opuesto a los antes enunciados: "el solo consentimiento obliga" (solus con.sensus obligat).

Sin embargo, como ya quedó visto, el derecho moderno no descarta totalmente el formalismo en los actos jurídicos, sino que lo reduce a la cateaoría de excepción, no por ello despreciable, ya que reviste gran importancia, siempre que las formalidades son exigidas por la ley ad substantiam o ad probationem, o cuando los agentes las erigen en condiciones suspensivas, puesto que, como también quedó explicado, la inobservancia de tales formalidades, respectivamente, puede repercutir sobre la existencia jurídica del acto, o sobre su probanza judicial, o sobre la postergación de sus efectos.

I Código Civil, art. 1500; Código de Comercio, art. 824.

2 El art. 232 del Código de Procedimiento Civil derogó tácitamente los citados arts. 91 a 94 de la ley 153 al erigir en indicio grave de inexistencia del acto la omisión de todo escrito, si las circunstancias del caso y la calidad de las partes no justifican esa omisión. De esta suerte, el escrito dejó de ser una formalidad del acto, cualquiera que sea su valor y el

mencionado indicio puede ser desvirtuado por prueba idónea, como la confesión, e inclusive por el testimonio de terceros. El Código de Comercio sí ofrece ejemplos del formalismo ad probationem en punto del contrato de trasporte marítimo (arts. 1578 y 1603) respecto al conocimiento de embarque y sus tripulaciones (arts. 1635 y 1645), Y en los contratos de fletamento y arrendamiento de naves (arts. 1667 y 1678).
3 Código Civil, arts. 1858 y 1979.

CAPÍTULO III

ACTOS JURÍDICOS TÍPICOS Y A TÍPICOS

46. LA CLASIFICACIÓN. Se dice que un acto jurídico es tíPico o nominado cuando ha sido particularmente reglamentado por la ley, como el testamento, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, ete.; y se dice que es atípico o innominado cuando sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados 1.

47. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN. En los actos jurídicos atípicos se refleja en su mayor alcance el postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues es en ellos donde los interesados, consultando su mejor conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los actos patrones reglamentados por

la ley. "Bajo nuestro régimen jurídico -explica la Corte Suprema de Justicia- la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades no previstas por el legislador, debido a que él obtiene sus materiales del pasado y se halla a menudo en retardo respecto de los hechos económicos"2.

Pero la mayor importancia de esta clasificación reside en la determinación del régimen jurídico pert;ine'nte a las especies que la componen, a saber:

48. a) DE LOS ACTOS TÍPICOS. Los actos jurídicos típicos, como el tesentO, la compraventa, la permuta, el arrendamiento, ete., se gobiernan también, en primer lugar, por las normas legales imperativas, que no pueden ser derogadas por los actos jurídicos por estar interesado en ellas el orden público 3; en segundo lugar, por las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes dentro de los límites legales señalados a la voluntad
privada 4; en tercer lugar, por las reglas legales propias del contrato de que se trata, las cuales tienen precisamente un carácter supletivo de la voluntad de las partes 5; en cuarto lugar, por las reglas generales de los actos jurídicos de los contratos, según el caso. Finalmente, en defecto de cláusula o estipulación expresa, de norma propia del acto típico de que se trate y de norma general exactamente aplicable, se ocurre a la analogía de la ley y a la analogía del derecho. La primera consiste en la aplicación de las leyes que regulan los casos o materias semejantes, y la segunda en apelar a la doctrina constitucional y a las normas generales de derecho, por las cuales entendemos nosotros los principios de la equidad que

constituyen el fin a que apunta toda ordenación jurídica positiva.

49. b) DE LOS ACTOS ATÍPICOS. En lo tocante al régimen de los actos jurídicos atípicos, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: "Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aprecian por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos, y, a título complementario, por el arbitrio
judicial. Bien entendido que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador"7.
Nosotros no compartimos la precitada doctrina jurisprudencial y, en nuestro sentir, el orden de prelación normativa en los actos atípicos debe ser el siguiente: 1°) las leyes imperativas; 2°) las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; 32) las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4Q) las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, y 52) la doctrina constitucional y los principios generales de derecho.

En efecto, es cierto -como dice la Corte- que en materia de los actos jurídicos y de los contratos hay que consultar sobre todo la voluntad libre de los agentes dentro de los límites a ella señalados por el legislador, aditamento este que les da preferencia a las leyes imperativas. Pero, en defecto de cláusula o estipulación expresa, tratándose de un acto atípico, o sea, no reglamentado por la ley de manera particular, debe consultarse si, dentro de las normas
generales de los actosjurídicos y de los contratos, existe o no alguna de estas

que sea "exactamente aplicable al caso controvertido"; y si la respuesta es afir
mativa, tal norma o principio entra a regir, cabalmente porque, si este es exactamente aplicable, constituye la ley supletiva de la voluntad privada. La analogía de ley y la analogía de derecho que, según ya quedó explicado, consisten en la aplicación de las leyes que regulan casos o materias semejantes y en el recurso a la doctrina constitucional y a los principios generales de derecho, respectivamente, solamente tienen cabida, en su orden, a falta de ley (generalo particular) "exactamente aplicable al caso controvertido"8. Además, el "arbitrio judicial" jamás puede constituir norma de los actos jurídicos y contratos (típicos, atípicos o de cualquier clase), al contrario de lo que pensó la Corte, porque en nuestro sistema jurídico positivo la función judicial se limita a la interpretación y aplicación de las estipulaciones voluntarias y de las normas legales, pero no a la creación arbitraria de tales normas. Con otras palabras a los jueces compete juzgar conforme a la ley general o particular, pero no están autorizados para crearIa.

I Las expresiones nominados e innominados empleadas usualmente por la doctdna para distinguir los actos o contratos típicos y los aUpicos, respectivamente, son criticables porque inducen a pensar que la referida clasificación se funda en la institución romana de los contratos innominados, lo que es inexacto. En efec[Q, por cuanto el derecho romano erigió en regla general el principio conforme al cual la sola voluntad de los agentes era inepta para producir efectos jurídicos (nuda pactio obligationes non parit), cuando en dicho sistema se hizo indispensable crear nuevas formas contractuales más ágiles y adecuadas al incremento del desarrollo comercial,

hicieron su aparición los mencionados contratos innominados, en los cuales las voluntades de las partes, por ser insuficiente el citado principio, debía complementarse con la ejecución de una prestación por una de estas para que de dicha ejecución nacieran las obligaciones correlativas a cargo de la otra parte (do ut des, do utfacias,facio ut des, facio utfacias). En el derecho moderno rige, por el contrario, principio diametralmente opuesto al romano,

o sea que, por regla general, los actos jurídicos se perfeccionan con el solo consentimiento de los agentes (solus consensus obligat), por lo cual la refedda institución romana no ha encontrado cabida en este nuevo sistema.

2 Casación del 31 de mayo de 1938, "G.J.", e XLVII, pág. 570.

3 Código Civil, are 16.

4 Ibídem, arts. 1501 y 1602.

5. Ibídem, arts. 1501 y 1603.

6. Ley 153 de 1887, art. 82.

7 Casación del 31 de mayo de 1938, "G.J.", t. XLVII, pág. 570.

8 Ley 153 de 1887,

CAPÍTULO IV

ACTOS GRATUITOS Y ONEROSOS

01. LA CLASIFICACIÓN. Para determinar el concepto del acto jurídico gratuito establecer su diferencia con el oneroso, JOSSERAN' propone el empleo de dos criterios, a saber: a) el acto gratmto es siempre un acto de liberalidad y, por consiguiente, no debe faltar en e azntención l,t'/U : y b) además, es necesario que esta intención tome cuerpo en la economía del acto; que efectivamente haya un servicio prestado desinteresadan:ente por el agente público o por alguno de los agentes en favor, de otro, S.l estos ~Ol\ dos o más. El acto que responda a esta doble exigencia es gratuito; tn C;\50 contrario, es oneroso l.

Como se observa, pues, esta clasificación se funda en la utilidad que el acto les reporta a los agentes que participan en él. Si alguno de tales agentes obra desinteresadamente y no recibe provecho o beneficio del acto, este será gratuito. Así, pertenecen a esta categoría el testamento y la donación, porque en el primero el testador solamente busca el beneficio de sus asignatarios y, en el segundo, el donante se desprende de un bién suyo en provecho del donatario sin recibir nada en cambio. Por el contrario, si el agente o agentes obran con ánimo de lucro, o sea, que intervienen en el acto para recibir un beneficio, tal acto será oneroso, como sucede en la compraventa y en la sociedad, contratos estos que, respectivamente, son útiles para el vendedor y el comprador, o para todos los socios.

51. ACTOS DE BENEFICENCIA Y SIMPLEMENTE DESINTERESADOS. Los actos gratuitos se subclasifican en actos de beneficencia y actos simplemente desinteresados. Los primeros son los que producen un desplazanliento de

valores patrimoniales, como la donación, que implica empobrccitniento del donante y enriquecimiento del donatario. En los actos simplemente desinteresados el agente o alguno de ellos, movido por el deseo de prestar un servicio, ejecuta en provecho de otra persona una prestación que no lo empobrece, como ocurre en el mutuo sin interés, o en la fianza, el mandato y el depósito no remunerados.

también por regla general, las personas no son causa determinante de su celebración, aunque puedan serIo por excepción, como en el caso de que se encargue cuadro a pintor famoso en atención a sus dotes artísticas. Entonces, en los actos onerosos el error acerca de las personas vicia o no el consentimiento, según que la consideración de la identidad o de las calidades de estas constituya o no móvil determinante2.

b) Cuando un acto no produce utilidad para el agente o alguno de los agentes, la culpa de este se aprecia con menos severidad que la que corresponde al que sí reporta benefici03.

c) La acción pauliana o revocatoria de los actos fraudulentamente celebrados por una persona en perjuicio de sus acreedores está sujeta a menos requisitos probatorios cuando tales actos son gratuitos4.

d) Como el acto gratuito se inspira en el ánimo de liberalidad y este debe tomar cuerpo en la economía del acto, en forma tal que el agente o alguno de los agentes efectivamente r.,reste un servicio desinteresado, el derecho no toma en cuenta la lesión que sufra quien así obra, para erigirla en un posible vicio del acto. Con otras palabras, la institución de la lesión solamente obra en el campo de los actos onerosos, en los cuales sí puede presentarse tal lesión como el resultado de una explotación indebida.

e) Los actos gratuitos de beneficencia pueden entrañar peligro, por cuanto conducen al empobrecimiento del agente o de

algunos de los agentes, por lo cual el legislador los somete a reglas especiales, como ocurre con las donaciones que, cuando alcanzan cierta cuantía, requieren autorización notarial previas.

CAPÍTULO V

ACTOS ALEATORIOS y NO ALEATORIOS

53. LA CLASIFICACIÓN. Se entiende que un acto jurídico no es aleatorio cuando los resultados económicos que está llamado a producir se pueden apreciar con más o menos precisión desde el momento mismo de su perfeccionamiento. Por el contrario, si en tal momento no puede hacerse dicha estimación, porque la utilidad o el sacrificio que el acto haya de reportar a quienes participan en él depende del azar o aleas, será aleatorio. Esto último sucede, por ejemplo, en el contrato de renta vitalicia, ya que el monto de las pensiones que habrá de pagar el debirrentista depende de la mayor o menor longevidad del rentado. A la inversa, la compraventa de cosa determinada por un precio igualmente determinado o determinable no es aleatoria, porque las prestaciones recíprocas a cargo del vendedor y del comprador son susceptibles de inmediata valoración económica.

54. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACiÓN. Interesa esta únicamente en cuanto explica ciertas normas legales

propias de los actos aleatorios, como también la inoperancia en estos de la institución de la lesión, como vicio del acto y de sus consecuencias. Como esta institución se funda en la protección de la autonomía de la voluntad privada contra la indebida explotación económica de que pueden ser víctimas los agentes, tratándose de un acto aleatorio, cuyos resultados son inciertos en todo o en parte en el momento de su celebración, mal puede decirse entonces que dicho acto sealesivo para someterlo a las sanciones legales pertinentes, como la rescisión o el reajuste judicial.

CAPÍTULO VI

ACTOS ENTRE VIVOS Y POR CAUSA DE MUERTE

55. LA CLASIFICACIÓN. Los actos por causa de muerte no son, como podría pensarse, aquellos cuyos efectos se hayan hecho depender, en cuanto a su nacimiento, cumplimiento o extinción, del fallecimiento de uno de los agentes o de cualquier otra persona, como sucedería, por ejemplo, en el contrato de seguro de vida, en el cual la muerte del asegurado es el riesgo que determina la exigibilidad de la indemnización en favor del beneficiario. Realmente, solo se entiende que un acto es por causa de muerte (mortis causa) cuando este acontecimiento produce la trasmisión de la totalidad del patrimonio, o de una cuota de este, o de uno o más bienes u obligaciones determinados de la persona fallecida a otra u otras. Si este desplazamiento patrimonial opera en virtud de un acto jurídico apto para regularlo, el testamento, tal acto es por

causa de muerte. En caso contrario, o el act.o no produce tal efecto, o esentre vivos (intervivos). Así, el contrato de seguro de vida, que hemos usado como ejemplo, pertenece a esta última categoría, porque el beneficiario no adquiere su derecho al importe del seguro por trasmisión (jure hereditario), razón por la cual no está sometido al régimen de la sucesión del asegurado, salvo en lo fiscal.
De lo anteriormente dicho se concluye que, en nuestro derecho civil, el único acto que existe por causa de muerte es el testamento, mediante el cual una persona dispone de sus bienes para después de sus días. En efecto, están prohibidos cualesquiera otros actos que versen sobre el derecho de suceder a una persona viva, aun cuando intervenga el consentimiento de estal. Por tanto, en Colombia son actos entre vivos y, además, tienen objeto ilícito por expresa prohibición legal los llamados pactos de institución, mediante los cuales una persona promete dejar a otra todo o parte de su herencia, con la sola excepción de la promesa a un descendiente legitimario de no donar ni testar la cuarta de mejoras:!; los pactos de renuncia, y la renuncia misma o la aceptación de una asignación en la sucesión de persona viva~, y los pactos de disposición, por los cuales una persona enajena los derechos sucesorales que puedan corresponderle en la mortuorio. de otra persona que todavía no ha fallecido.

56. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN. De manera que, según las explicaciones precedentes, la importancia de esta clasificación estriba en la máxma garantía que el legislador ,quiere prestarle a la libertad de testar, sin perjuicio de las restricciones que el mIsmo establece medIante la institución de sus asignaciones forzosas, en efecto, a prom in term mantemente que las sucesiones se puedan arreglar por actos entre vivos que, de ser obligatorios, coactan dicha libertad,

reduce al testamento, como quedó dicho, la categoría de los actos mortis causa. A esta exclusividad se agrega que el testamento está rodeado de solemnidades muy especiales y rigurosas encaminadas a darle a la manifestación de voluntad del testador las mayores seguridades y precisión.

SECCIÓN II

CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS

57. ENUMERACIÓN. Además de las generales de los actos jurídicos, que, salvas excepciones 1, son aplicables a los contratos, merecen relación otras clasificaciones que son exclusivas de estos últimos.
Nuestro Código Civil consagra sus arts. 1496 a 1500 al establecimiento de algunas de estas clasificaciones de los contratos, a saber: a) unilaterales y bilaterales; b) onerosos y gratuitos; c) conmutativos y aleatorios; d) principales y accesorios, y e) reales, solemnes y consensuales. Pero esta enumeración legal resulta incompleta por la importancia que progresivamente han venido alcanzando otras formás contractuales nuevas o que antes apenas sí merecieron menor consideración por la doctrina, como las siguientes, que se enuncian en adición a las precitadas: f) contratos preestipulados y contratos por adhesión; g) contratos relativos y contratos colectivos; h) contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva, e i) contratos tíPicos y contratos atíPicos.

A continuación expondremos las precitadas clasificaciones, a excepción de la de los contratos típicos y atípicos, respecto de la cual nada hay que agregar a lo dicho al tratar de la misma clasificación de los actos jurídicos en geperaF; explicaremos los diversos criterios que las presiden y señalaremos la mayor o menor importancia teórica y práctica que revisten.

I Por ejemplo, la distinción entre los actos jurídicos unipersonales y las convenciones no tiene cabida en los contratos, porque estos suponen necesariamente el concurso de dos o más agentes y constituyen, por lo tanto, una especie del género de las convenciones. Véase núm. 5, 'supra.
2 Véanse núms. 46 y ss., supra.

CAPÍTULO 1

CONTRATOS UNILATERALES y BILATERALES

58. LA CLASIFICACIÓN. Al tenor del art. 1496 del Código Civil, "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente". De estas definiciones resulta que la nota característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan. Así, pertenecen a esta clase la

compraventa y la sociedad, porque cada uno de los agentes o partes que en ellas intervienen desempeña, a la vez, los papeles de deudora y de acreedora de la otra u otras. Es de notar que en estos contratos las partes pueden ser más de dos, como sucede en la sociedad, que se puede formar entre muchos socios, y que, por consiguiente, el calificativo bilateral, consagrado por el uso en vez de Plurilateral, resulta impropio. También se suele emplear la expresión contrato sinalagmático en remplazo del mencionado calificativo, pero esta denominación es tautológica porque proviene del griego synalagma, que precisamente significa contrato.

El contrato es unilateral cuando solamente genera obligaciones a cargo de una de las partes contratantes, como el mutuo o préstamo de consumo, el como dato o préstamo de uso, el depósito "y el mandato no remunerados, etcétera.

59. CONTRATOS BILATERALES IMPERFECTOS. Algunos autores, POTHIER entre, ellos, han creído descubrir una clase especial de contratos que, habiéndose formado como unilaterales llegan más tarde a producir obligaciones a cargo de la parte o partes que originalmente solo figuraban como ,acreedoras, convirtiéndose entonces en contratos bilaterales. Así, dicen ellos que el man
dato, el comodato y el depósito pueden celebrarse sobre la base de imponer obligaciones únicamente a cargo del mandatario (la de ejecutar el encargo y la de rendir cuentas), o del comodatario o depositario (las de conservar y restituir la cosa prestada o depositada, respectivamente). Pero agregan que estos contratos eventualmente pueden llegar a producir obligaciones al man
dante, al comodante oal depositante, v. gr., la que tiene el primero de rembolsar al mandatario las expensas hechas por

este para la ejecución del mandato. y las que se imponen a los segundos de pagar al comodatario o al depositario, según el caso, las expensas o los gastos realizados por estos para la conservación de la cosa. Dichos autores denominan tales contratos bilaterales imperfectos, porque la reciprocidad de las obligaciones no se presenta en el momento de la celebración de los contratos, sino que se produce posteriormente.

Mas la doctrina de los civilistas, casi en su unanimidad, ha rechazado esta pretendida especie de los contratos, fundándose en la observación indiscutible de que las obligaciones eventuales a cargo del acreedor originario se generan precisamente por hechos posteriores a la celebración del contrato unilateral y distintos de este. Así, el depósito no remunerado no se convierte en contrato bilateral, aun imperfecto, por ia circunstancia de que el depositante deba rembolsarle al depositario los gastos hechos para la conservación de la cosa, pues esta obligación ya no tiene por fuente el contrato de depósito, sino el hecho de haberse realizado tales gastos y el consiguiente funcionamiento de la institución del enriquecimiento injusto, que es una fuente distinta de obligaciones.

60. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN. Reside principalmente en los siguientes aspectos:

a) Las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales o sinalagmálicos están ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia. En consecuencia, si una de las partes deja de cumplir las de su cargo, la otra parte queda exonerada de las suyas, o si ya las ha cumplido, tiene derecho a la restitución. Sería aberrante que en un contrato bilateral uno solo de los contratantes satisficiera sus derechos, sin que los otros pudieran obtener la restitución de lo pagado por ellos o sin que

pudieran oponerse a las exigencias del contratante incumplido. De ahí que la ley conceda dos medios encaminados a mantener la interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato bilateral, a saber: la acción resolutoria del contrato, encaminada a restituir a las partes a la misma situación que tuvieran antes de celebrarlo, en cuanto esto sea posible4; y la excepción de contrato no cumplido, que impide que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento, mien
tras ella misma no cumpla o no esté dispuesta a cumplir las obligaciones que le incumben5.

Sin embargo, en lo que respecta a la resolución por incumplimiento, importa tener en cuenta que esta no se da privativamente en los contratos bilaterales, como algunos lo entienden!;, sino que también puede tener cabida en ciertos contratos unilaterales. Así, del comodato o préstamo de uso solamente nacen obligaciones a cargo del comodatario y, sin embargo, el comodante puede exigir inmediatamente la restitución de la cosa, si aquel emplea en uso diferente del convenido 7, lo que es clara manifestación en acto unilateral de la llamada "condición resolutoria tácita", que el art 1546 tamblen parece limItar a los contratos bilaterales.

b) El problema de los riesgos cobra su mayor importancia en punto de los contratos bilaterales.. Consiste tal problema en decidir cuál de las partes debe sufrir la imposibilidad de ejecución de las obligaciones cuando esta imposibilidad proviene de un caso fortuito. Si el contrato es unilateral, como una donación, y la cosa perece por tal causa, la obligación respectiva se extingue por imposibilidad de cumplirla, o sea que el riesgo es del acreedor, y esto es todo. Pero si el contrato es bilateral, el problema se agrava, porque ya no

consiste solamente en la extinción de la obligación que deviene imposible, sino que también hay que resolver qué sucede con las obligaciones correlativas a cargo de la otra parte. Por ejemplo, si perece la cosa vendida antes de su tradición al comprador, ¿tiene este o no la obligación de pagar el precio?!).

CAPÍTULO II

CONTRATOS GRATUITOS Y ONEROSOS

61. LA CLASIFICACIÓN. Es esta una aplicación concreta de la clasificación general de los actos jurídicos en gratuitos y onerosos, cuyo criterio y cuya importancia ya analizamos en su oportunidad l.

Según el arto 1497 del Código Civil, "el contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; yoneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

A primera vista, parecería que tal clasificación coincidiera con la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, lo que no es así, porque en esta última se atiende exclusivamente a si el contrato produce obligaciones a cargo de una sola de las partes, o a cargo de todas, al paso que los contra-

tos, como los actos jurídicos en general, se califican de gratuitos o de onerosos, según que reporten utilidad o beneficio para uno solo de los agentes o para todos, respectivamente, pudiendo ocurrir, en consecuencia, que un contrato unilateral, como el préstamo con interés, sea oneroso, por beneficiar tanto al prestatario como al prestamista; al primero, en cuanto le proporciona el derecho de consutnir una cosa que antes no se encontraba en su patrimonio, y al segundo, porque en virtudde aquel puede percibir intereses
que antes no devengaba.

62. LA IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN. Al este respecto nada hay que agregar a lo ya dicho en relación con la misma clasificación de los actos jurídicos en general, o sea que sirve de criterio: a) para la ponderación del error acerca de la persona como vicio del consentimiento; b) para la apreciación de la culpa por el incumplimiento de las obligaciones; c) para la determinación del régimen probatorio en el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria de los actos y contratos celebrados en fraude de los derechos de los acreedores; d) para la exclusión de los actos y contratos gratuitos de los efectos de la institución de la lesión, y e) para la sujeción de los actos de beneficencia, o sea, de los que implican empobrecimiento de alguno de los agentes, a ciertos requisitos especiales prescritos por la ley 2.

1 Véanse núms. 50 y ss.,supm.
2 Véase núm. 52, sU/JTa.

CAPÍTULO III

CONTRATOS CONMUTATIVOS y ALEATORIOS

63. L-\ CLA,.SIFICACIÓN. El arto 1498 del Código Civil reza lo siguiente: "El contratO oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio". Las definiciones del texto legal trascrito carecen de exactitud. En efecto, la del contrato conmutativo es definición que puede convenir a cualquier contrato bilateral, porque de este nacen obligaciones recíprocas e interdependientes a cargo de las partes; y tampoco se puede decir que en el contrato aleatorio la contingencia de ganancia o de pérdida sea para uno solo de los contratantes, pues es claro que la pérdida sufrida por una parte implica ganancia para la otra, y viceversa].

En realidad, un contrato esconmutativo cuando reúne tres condiciones, a saber: a) que sea oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestacio nes que "se miren como equivalentes" entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía d~l contrato. Por lo tanto, la compraventa, por su naturaleza, es conmutativa, porque generalmente reúne los tres precitados requisitos, aunque eventualmente puede dejar de serIo al carecer de alguno de ellos. Por ejemplo, la compraventa de la esperanza (emptio spei), como la que tiene por objeto el producto de la pesca que haya de obtener el vendedor en un día, no es con-

mutativa, porque la utilidad que haya de alcanzar el comprador depende de la buena o mala suerte de la pesquería2.

El contrato aleatorio puede ser o no oneroso, contra lo que da a entender el citado arto 1498 del Código. Por ejemplo, es gratuita y también aleatoria la donación de la pesca que haya de recoger el donante en un día.

La verdadera característica del contrato aleatorio, como la de cualquier acto jurídico de la misma clase, estriba en la imposibilidad de estimar, desde el primer momento, una o más de las prestaciones que produce, por depender estas del azar.

Por tanto, además de las inexactitudes apuntadas a las definiciones legales, hay que concluir que la contraposición de los contratos conmutativos a los aleatorios no obedece a un criterio aceptable, sino que es una mezcla poco afortunada de las clasificaciones de los actos gratuitos y onerosos, por una parte, y de los aleatorios y no aleatorios, por la otra.

64. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN. La contraposición de los contratos conmutativos a los aleatorios y a los gratuitos tendría interés en lo tocante a la organización de la institución de la lesión como vicio de los actos jurídicos, pues, como ya lo hemos visto, los actos y contratos gratuitos y los aleatorios,

por su naturaleza, repugnan la aplicación de los efectos de dicha institución3. Por el contrario, el campo de acción propio de la institución es el de los actos y contratos onerosos y, especialmente, el de los contratos conmutativos, en los cuales sí debe evitarse siempre la ruptura del equilibrio económico que les es característico, sobre todo cuando esta obedece a la indebida explotación de la penuria, ligereza o inexperiencia de alguno de los agentes.

CAPÍTULO IV

CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

65. LA. CLASIFICACIÓN. El Código define así en su arto 1499: "El contrato esprincipal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, yaccesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella".

Observa RODRÍGUEZ FONNEGRA, y nosotros estamos de acuerdo con él, que tomando al pie de la letra el texto legal trascrito, resulta concepto absurdo, porque todo contrato, sea que produzca obligaciones principales o accesorias, subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales. Así, la obligación de restituir que tiene el acreedor prendario se origina en el contrato de prenda, el cual subsiste, a pesar de la extinción de la obligación principal y aun del contrato a que esta le debe existencia]. Luego, en realidad, no hay contratos principales y contratos accesorios, según que subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por sí mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales, como el de compraventa, el de permuta y el de mandato, y contratos que producen obligaciones accesorias, como la anticresis y la fianza.

CAPÍTULO V

CONTRATOS CONSENSUALES, SOLEMNES Y REALES

66. LA CLASIFICACIÓN. Se trata aquí también de una aplicación concreta de la clasificación general de los actos jurídicos en consensuales y formales, miradas estos últimos a través de una sola de sus variedades: la de los actos solemnes.

El art. 1500 del Código Civil establece: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

Como se ve, el texto legal trascrito establece la distinción entre el contrato consensual y el solemne, atendiendo a si los contratantes tienen libertad en la escogencia de las formas de expresión de su voluntad, como es la regla general en el derecho moderno, o a si, por el contrario y excepcionalmente, deben manifestar dicha voluntad mediante formalidades absolutas y predeterminadas por el legislador, cuya inobservancia repercute directamente sobre la existencia y la eficacia del acto o contrato de que se trate.

67. Los CONTRATOS REALES. Además, es de notar que el citado art. 1500 del Código agrega a la mencionada clasificación otra especie de los contratos formales, que define así: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere".

Según nuestra ley, pertenecen a esta especie el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda, la anticresis, el censo y las constituciones de renta vitalicia y de hipoteca.
I Caracterízase, pues, el contrato real, conforme a su definición legal, porque el simple consentimiento no basta para perfeccionarlo, sino que además es necesaria la tradición de la cosa (o su simple entrega)),

Ahora bien, los motivos que determinaron la creación de los contratos reales en el derecho romano ya no existen en la actualidad. El principio general de que "la simple convención no produce obligaciones" (nuda pactio obligationes non parit), que informó a aquel sistema positivo, ha sido remplazado en el derecho moderno por el postulado diametralmente opuesto de la consensualidad de los contratos, en virtud del cual la sola convención de las partes tiene fuerza obligatoria (solus consensus obligat), salvas excepciones. De manera que la institución de los contratos reales no tiene actualmente otra expli
cación que la histórica, y hoy no se puede comprender por qué motivo el mutuo o cualquiera otro de los contratos no haya de producir efectos desde el momento mismo en que los contratantes lleguen a un acuerdo, igual a como sucede en la compraventa de bienes muebles o en el mandato.
Lo dicho conduce a considerar la tradición o la entrega que la ley exige para el perfeccionamiento de los contratos reales como una formalidad caprichosa y arbItrana que permIte mclUIr tales contratos en la categona de los contratos solemnes2. Por esta razón, el derecho contemporáneo tiende a eliminar la arcaica institución de los contratos reales, mediante la consagra
ción progresiva de otras instituciones, como el préstamo bancario flotante, la prenda sin tenencia, el depósito simbóli-

co, etc., en las cuales no se exigen ni entrega ni tradición algunas para el perfeccionamiento de los respectivos contratos.

Como es sabido, la tradición propiamente dicha es un modo de adquirir el dominio que consiste en la entrega de la cosa con ánimo recíproco de enajenarla y de adquirirla, efecto que no siempre se produce en los contratos reales, pues, en algunos, como el comodato, el depósito, etc., solamente hay una simple entrega que no desplaza la propiedad de la cosa.

CAPÍTULO VI

CONTRATOS PREESTIPULADOS y CONTRATOS POR ADHESIÓN

68. LA CLASIFICACIÓN. Si el contrato implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes, parecería lógica la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre estas de todas y cada una de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos o más personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre sus cláusulas y condiciones. Ordinariamente ocurre esto en punto de trasportes, seguros, compraventas en los grandes almacenes, espectáculos, servicios públicos, etc., pues las grandes empresas que se dedican a estos ramos suelen ruar por sí solas

sus precios y condiciones, ofreciéndolos al público sin admitir que persona alguna entre a discutirlos, sino simplemente a manifestar si los acepta o no. Esta nueva forma de contratación, impuesta por la complejidad comercial y económica, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestiPuladosl y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro.

Las características especiales del contrato por adhesión han inducido a varios tratadistas del derecho público y a unos pocos civilistas a negar su índole contractual. Para ellos, el llamado contrato por adhesión es un acto jurídico unilateral, en que "el único y verdadero agente", generalmente una poderosa empresa, al emitir una "voluntad reglamentaria", impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, solo desempeña un papel pasivo en la operación. Pero la gran mayoría de los tratadistas del derecho civil rechaza esta concepción artificios a, con fundamento en que la ley, en parte alguna, exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión entre los agentes. Como dice JOSSERAND, ni la igualdad económica ni la igualdad verbal son condiciones necesarias para la validez de los contratos; basta con la igualdad jurídica"2. Por consiguiente, para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurran a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; tan así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerla.
No es, pues, de recibo, y está en contradicción con dichas premisas, admitidas por el mismo jOSSERAND, la facultad

que este autor le reconoce al Iez "para entrar a decidir si tal o cual cláusula del contrato por adhesión ha sido verdaderamente aceptada por las partes, o si su inserción en un reglamento compacto y misterioso constituye trampa contra una de ellas~. Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas de este se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente. Lo que sí se justifica -atendiendo a los peligros que ofrece la naturaleza del contrato por adhesión, tan importante y frecuente en el comercio moderno- es que la ley misma, no el juez, se preocupe por evitar la inserción de cláusulas leoninas en los reglamentos de las empresas,
como lo ha hecho en materia de trasportes, al exigir a los empresarios que den sus tarifas de acuerdo con la autoridad y al prohibirles que se exoneren de responsabilidad. También se justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión, en forma tal
que sus cláusulas dudosas sean interpretadas en favor del adherente, que es a lo que, entre nosotros, conduce el inciso segundo del art. 1624 del Código Civil 4.

CAPÍTULO VII

CONTRATOS RELATIVOS Y CONTRATOS COLECTIVOS

69. LA CLASIF1CACIÓN. Para que un contrato sea considerado como relativo o como colectivo, poco importa el número de personas que concurran en su formación). Así, una sociedad puede constituirse entre muchos y no por eso entra en la categoría de los contratos colectivos. Tampoco se debe atender para el efecto a si el contrato desarrolla intereses de pocas o de muchas personas, porque, por ejemplo, los contratos celebrados por una persona
jurídica colegiada son relativos, a pesar de que miran al interés de dicha persona y de los individuos que la integran2. De suerte que, para comprender esta clasificación de los contratos, es necesario precisar ante todo el concepto del contrato colectivo.
Esta especie de los contratos constituye una notable excepción introducida o desarrollada por el derecho contemporáneo al principio tradicional latino de la relatividad de los actos jurídicos, que se suele enunciar diciendo que un acto jurídico no aprovecha ni perjudica a los terceros ajenos al mismo (res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest). El contrato colectivo constituye excepción a este principio, porque de él resultan derechos y obligaciones para personas que, ni directamente ni representadas por otras, han
intervenido en su celebración. Así, las convenciones colectivas, reconocidas y reglamentadas por nuestro Código Sustantivo del Trabajo, al determinar las condiciones laborales de un grupo de empresas, pueden llegar a producir derechos y obligaciones resp~cto de patronos y trabajadores pertenecientes al gremio respectivo, a pesar'de que no hayan intervenido en la celebración de tales convenciones3. Por el contrario, los contratos sindicales, de que trata el mismo Código, no corresponden exactamente a la noción del contrato colectivo, porque teniendo los sindicatos la representación de sus afiliados, las obligaciones y los derechos que aquellos estipulen

para estos en un contrato sindical se explican jurídicamente por dicha representación y dentro de los límites del principio de la relatividad de los actos jurídicos.

El concordato, ora el preventivo, ora el celebrado entre el deudor que ha hecho cesión de bienes, o que ha sido concursado o declarado en quiebra y la mayoría de sus acreedores, también obliga a los acreedores que no han prestado su consentimiento en él, lo que hace que dicho acto pueda ser citado como otro ejemplo del contrato colectivo en Colombia4.

---

1 La doctrina también denomina contratos individuales a los que nosotros llamamos relativos, por contraposición a los colectivos. Tal denominación es manifiestamente impropia, porque sugiere la idea absurda de que pueden existir contratos celebrados por un solo agente o individuo.
2 En contra, ALVARO PÉREZ VIVES, Teoría general de las obligaciones, Bogotá, Edil. Temis, 1953, núm. 24, numeral 8.
3 crr.]OSSERAND, Cours de droit civil, 1. II, Paris, 1938, núms. 5 y 264; Ci\I'ITi\NT y CUCHE, Précis de legislation industrÚlle, Paris, 1939, núms. 107 ter y ss.

CAPÍTULO VIII

CONTRATOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA Y DE EJECUCIÓN SUCESIVA

70. PRELIMINAR. A pesar de que la doctrina elaboró y ha impuesto esta clasificación, reduciéndola al campo de los contratos, en el que le ha atribuido gran importancia, bien podría hacerse extensiva a todos los actos jurídicos, pues el criterio en que se funda les es igualmente aplicable a estos.
Nosotros nos hemos abstenido de hacer esto último, es decir, de incluir esta clasificación entre las generales de los actos jurídicos, porque consideramos que ella resulta tan inútil en dicho campo, como lo es en el propio de los contratos.
Pese a esto, estimamos conveniente exponer aquí tal clasificación contractual, precisamente con el objeto de demostrar que esa importancia que se le asigna tradicionalmente en realidad no existe, pues las consecuencias que de ella se pretenden derivar encuentran su explicación natural en principios y reglas que nada tienen que ver con la misma.

71. LA CLASIFICACIÓN. Para el establecimiento de esta clasificación, la doctrina tradicional atiende a si las prestaciones resultantes son de tal natumleza que puedan ser cumPlidas en un solo acto (instantáneamente), como las provenientes de una compraventa de contado, o a si, por el contrario, el cumplimiento del contrato supone la ejecución de jm?staciones sucesivas durante un tiempo más o menos largo, como ocurre c,n el arrendamiento, el seguro de vida y el contrato laboral. En el primer caso, el contrato se denomina de ejecución instantánea; y en el segundo, se dice que le es de ejecución sucesiva o continuativa, o de tracto sucesivo.

La aplicación del mencionado criterio resulta perfectamente clara respecto de ciertos contratos, como los propuestos a guisa de ejemplos. Así, no cabe duda que la compraventa de

contado es de ejecución instantánea, por que tanto el vendedor como el comprador se liberan mediante la ejecución de un solo acto: la tradición de la cosa o del precio, respectivamente. Asimismo, es indudable que quien arrienda un predio por un año necesita de todo este tiempo para poder mantener al arrendatario en el uso de la cosa; que el trabajador de una fábrica tiene que cumplir su labor en jornadas sucesivas, y que el asegurado, de ordinario, tiene que pagar periódicamente y hasta su muerte las primas pactadas.

Pero tal criterio falla en presencia de contratos productivos de obligaciones que indudablemente están llamadas a cumplirse en forma sucesiva, que las prestaciones respectivas puedan, según su naturaleza, ejecutarse un solo acto, por ejemplo, si en la compraventa se pacta que el comprador pague el precio en varias cuotas anuales sucesivas, es decir, si no se ha estipulado un solo plazo sino varios, repugna a la simple lógica afirmar que el

contrato es de ejecución instantánea, fundándose en que el precio total podría ser cubierto en un solo contado. Y tal conclusión sería aún más aberrante en el caso del distribuidor de leche que se obliga a suministrar al comradar una botella diaria durante un año, argumentando que aquel podría entregar las trescientas sesenta y cinco botellas el primer día de la vigencia del contrato.

Ante esta falla manifiesta del criterio tradicional en que se inspira la comentada clasificación, algunos han pretendido descubrir una tercera categoría intermedia, la de los contratos de cumplimiento escalonado, que no son ni de ejecución instantánea ni de ejecución sucesiva, pero que, "atendiendo a su naturaleza y a la intención de las partes, pueden asimilarse a los unos o a los otros". A esta clase híbrida pertenecerían aquellos contratos, como la compraventa con precio pagadero por instalamentos y la misma compraventa en que la cosa

vendida debiese ser suministrada mediante entregas parciales1. Otros civilistas han tratado de resolver el problema aplicando un criterio nuevo para sustituir el contrato de ejecución sucesiva, y que consiste, ni más ni menos, que en la desintegración de este en varios contratos de ejecución instantánea, cada uno de los cuales solamente estaría llamado a regir durante determinada parte del plazo total convenido, "como el arrendamiento de cosas, en que cada período del arriendo puede estimarse como un contrato distinto que, una vez cumplido, da lugar al nacimiento de otro"2.

En nuestro sentir, ninguna de las dos soluciones que se acaban de mencionar es aceptable.

La invención de la tercera categoría de los contratos de cumplimiento escalonado se limita a eludir el problema, puesto que, a la postre, "atendiendo a su naturaleza y a la intención de las partes", o bien se asimilan a los contratos de ejecución instantánea, o bien a los contratos de ejecución sucesiva. La inutilidad de tal solución salta a la vista, ya que no se propone un régimen distinto e independiente para ella, sino que se la coloca a merced del intérprete, a cuyo juicio se deja la determinación de cual de las otras dos categorías contractuales tradicionales debe absorberla y someterla a sus propias reglas.

En cuanto a la explicación de los contratos que producen obligaciones llamadas a ser cumplidas durante un lapso más o menos largo, mediante la atomización de tales convenios en "una serie de pequeños contratos par'Ciales", cabe observar que, a más de ser artificiosa por' fragmentar contra la realidad la voluntad prestada por las partes en un solo acto, termina, también contra la realidad, por negar la existencia de los contratos de ejecución sucesiva. De aceptar tal explicación, habría de concluirse que solamente existen contratos de ejecución instantánea más o menos pequeños.

Consideramos que la comentada clasificación bipartita puede formularse teóricamente. Hay contratos como la compraventa de contado, en los cuales cada una de las partes puede y debe ejecutar sus obligaciones en un solo acto. Por ello, se suelen denominar contratos de ejecución instantánea. Por el contrario, hay igualmente contratos cuyo cumplimiento supone la ejecución por las partes o por alguna de ellas de prestaciones sucesivas durante un lapso más o menos dilatado. La existencia real de estos contratos, dichos de ejecución sucesiva, se explica: o bien por las estipulaciones de los contratantes, o bien por la imposibilidad jurídica o natural de cumplirlos instantáneamente. Pertenece a esta clase la compraventa en que el comprador debe pagar el precio en dos o más contados, sencillamente porque la estipulación de esta forma de pago implica el señalamiento de períodos sucesivos para realizarlo. Hasta puede ocurrir que el comprador se encuentre en imposibilidad jurídica de renunciar a los plazos y pagar en un solo contado, cuando tales plazos se entienden pactados en favor del vendedor, como cuando se han estipulado intereses3. Pero donde mayor evidencia cobra esta especie contractual es en aquellos casos en que es la naturaleza misma de alguna de las prestaciones la que impide el cumplimiento instantáneo del contrato, como ocurre en el arrendamiento de un predio por un año, hipótesis en la cual el arrendador tiene a su cargo la obligación continua de mantener al arrendatario en el uso del predio durante todos y cada uno de los instantes que forman dicho período. Implica desconocimiento de esta realidad de bulto la idea extravagante de que, en el ejemplo propuesto, existen tantos contratos cuantos instantes tiene el año o cuantos períodos se hayan fúado al arrendatario para el pago del precio.

En conclusión: la tradicional distinción entre los contratos de ejecución instantánea y los de ejecución sucesiva se justifica desde el punto de vista teórico. Sin embargo, en nuestro sentir, carece de la utilidad práctica que se le atribuye.

72. INUTILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN. La doctrina del derecho civil formuló la clasificación de los contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva, porque en ella ha creído erróneamente encontrar el fundamento de importantes fenómenos jurídicos que, en realidad, nada tienen que ver con ella, a saber:

a) Los contratos bilaterales y algunos unilaterales pueden ser resueltos en caso de incumplimiento y la resolución obra retroactivamente (ex tunc), estituyendo a las partes al estado que tenían al tiempo de la celebración de aquellos ahora tiene, se dice que esta regla es propia exclusiva de los contratos de ejecución instantanea. Por el contrano, tambIen se afirma que si el contrato es de ejecución sucesiva, la resolución no tiene efecto retroactivo, sino que obra solamente para el porvenir (ex nunc), o sea que pone término a la eficacia futura de aquel, pero deja en pie sus efectos ya producidos. Así, el incumplimiento de un arrendamiento solamente es causal de extinción de este: las obligaciones del arrendador y del arrendatario terminan, pero sin que haya lugar a restituciones mutuas entre ellos en razón de las prestaciones \'a cumplidas con anterioridad. De aquí se concluye que los contratos de eje~ución sucesiva que han comenzado a funcionar no son susceptibles de resolución propiamente dicha, y la doctrina francesa ha elaborado, alIado de la teoría de la resolución, aplicable exclusivamente a los contratos de ejecución instantánea, la llamada teoría de la resiliation (especie de extinción ex nunc) para los contratos de ejecución sucesiva.

La precitada tesis ha cobrado carta de naturaleza en la doctrina de los ci\'ilistas chilenos y colombianos, y nuestra Corte Suprema de Justicia la ha aplicado reiteradamente4.

En nuestro sentir, la comentada doctrina tradicional incurre en error al atribuir a la distinción entre los contratos de ejecución instantánea y los contratos de ejecución sucesiva la diversa eficacia que puede alcanzar la resolución por causa de su incumplimiento. La verdad es que esta diferencia de régimen se explica adecuadamente por la naturaleza de las prestaciones que son objeto del contrato, y por la posibilidad o imposibilidad de reversarlas después de cumplidas, pero con prescindencia del lugar que al contrato se le asigne en dicha clasificación. Los ejemplos que se suelen ofrecer en apoyo de tal doctrina así lo demuestran. En efecto, se dice que la compraventa es un típico contrato de ejecución instantánea y que, por consiguiente, en caso de incumplimiento, su resolución debe obrar retroactivamente, imponiendo a las partes la restitución de lo recibido o pagado por razón del contrato. Y se afirma que el arrendamiento de cosas o de servicios es un contrato de ejecución sucesiva y que, por tanto, solo es susceptible de resiliation o terminación.

Lo que ocurre en realidad es que la resolución de la compraventa afecta el pasado, porque las prestaciones que produce a cargo de las partes, hacer tradición de la cosa vendida y pagar el precio, son de tal naturaleza que, si ya se han ejecutado total o parcialmente, se pueden destruir retroactivamente (ex tunc). Como uno de los fines que persigue la acción resolutoria es la in
demnización del contratante en cuyo favor se establece, la mejor manera de lograrIo consiste precisamente en obligar al otro contratante incumplido a devolverle lo dado o pagado, cuando esto sea posible, como ocurre, generalmente, en la compraventa. Pero esta particularidad en manera alguna

autoriza la afin-nación dogmática de la doctrina tradicional, conforme a la cual el referido contrato es siempre de ejecución instantánea, porque ella equivale a negar, contra la evidencia, que en los casos en que se hayan pactado varios plazos sucesivos para la tradición de la cosa vendida o para el pago del precio, el contrato entra a formar parte de la categoría de los de ejecución sucesiva, y hasta puede ocurrir que tal pacto excluya la operancia retroactiva de la resolución, como en el ejemplo de que una persona, a cambio de un precio pagadero de contado o por cuotas periódicas, se obligue a suministrar a otra una botella de leche diaria durante un año. En tal ejemplo, la forma pactada
para la tradición implica manifiestamente la prestación adicional de un
servicio periódico de parte del proveedor que, una vez ejecutado, no puede ser destruido, y, por tanto, equivaldría a desconocer la verdadera naturaleza de esta prestación, impuesta por la intención de las partes y por los fines del contrato, condenar al proveedor a restituir el precio y a recibir las botellas de leche que alcanzó a entregar antes de incumplir el contrato resuelto. Pero, repetimos que a esta conclusión se debe llegar, no porque el contrato de suministro sea de ejecución sucesiva, lo que es cierto, sino sencillamente por la imposibilidad de destruir uno de sus efectos más importantes y ya producido con anterioridad a la resolución.
En el mismo orden de ideas, el ejemplo del arrendamiento de cosas o de servicios, o cualquiera otro de los que se suelen citar para excluir el efecto retroactivo de la resolución de los contratos de ejecución sucesiva, demuestra que este régimen se explica, no por la ubicación que se les asigne en la clasi
ficación de tales contratos, sino por la naturaleza de las obligaciones que puedan producir. Si el arrendatario de una casa ya la ha habitado durante varios meses, no puede ser conde-

nado a deshabitarla, y si el obrero de una fábrica ya ha servido varios días o meses, tampoco se puede borrar este he
cho. En tales supuestos, el respectivo contrato debe terminar: sus efeqos
deben cesar en el futuro, pero respetarse en el pasado. Mas estas hipótésis
tampoco justifican la calificación inmodificable del arrendamiento como un contrato de ejecución sucesiva, porque, al hacerla así, la doctrina tradicional ha olvidado que no existe razón lógica ni jurídica que se oponga al arrendamiento de cosas por término instantáneo, como el de arma de fuego para ser disparada por una sola vez, o a la locación de un servicio esporádico, como el que presta el campanero al doblar en un solo funeral. En estos casos, el arrendamiento es forzosamente de ejecución instantánea, pero sus efectos ya producidos no pueden ser resueltos retroactivamente, por oponerse a ello la naturaleza de los mismos.

Igualmente, un contrato puede pertenecer lógicamente a la clase de los de ejecución sucesiva, como la compraventa, cuyo precio deba pagarse en varias cuotas o instalamentos escalonados en un tiempo más o menos largo, y, sin embargo, ser susceptible de resolución con efecto retroactivo, sencilla mente porque la naturaleza de las prestaciones que le son propias permiten
tal efecto".

b) El término para la prescripción de las obligaciones comienza a con
tarse desde que estas son exigibles. Ahora bien, cuando el contrato es de eje
cución sucesiva, las obligaciones resultantes se van haciendo exigibles SUcesivamente, lo que hace que los términos de la prescripción extintiva de

aquellas no corran parejos. Se propone el ejemplo del arrendamiento de un
inmueble por más de treinta años. Si el arrendatario no paga los cánones du
rante veintiún años y, al ser demandado, propone la excepción de prescrip
ción, esta procede por haber trascurrido veinte años sin exigirse el pago,
pero no surte efecto sino respecto de los cánones correspondientes al primer año; y si el arrendador demanda vencidos los treinta años, la excepción produce efecto respecto de los cánones correspondientes alos primeros diez años, y así sucesivamente". Por el contrario, si el contrato es de ejecución instantánea y no se han pactado condiciones para el nacimiento de las obli
gaciones ni plazos para su cumplimiento, la prescripción de estas comienza a correr desde la celebración de aquel.
A este respecto, cabe observar que tampoco se trata aquí de una con
secuencia propia de la clasificación que se comenta. Es verdad que en los
contratos de ejecución sucesiva los términos de prescripción de las obliga
ciones no corren parejos, porque es de la naturaleza de ellos que alguna o algunas de tales obligaciones se vayan haciendo exigibles paulatinamente en
el trascurso de su duración. Pero si el contrato es de aquellos que, por regla general, están llamados a cumplirse en forma instantánea y, sin embargo, se
pactan condiciones o plazos para el pago de las obligaciones de una de las partes o de ambas, también sucede que la prescripción no se cuenta desde la celebración del contrato, sino desde el cumplimiento de la modalidad o modalidades de que

depende la exigibilidad de cada obligación. Tal ocurre, por ejemplo, en la compraventa de la cría de un semoviente que el vendedor
debe entregar cuando nazca y que el comprador debe pagar un año después de la entrega..

c) Nuestro Código de Comercio, a imitación del Código Civil italiano (art. 1467), le adjudica a la clasificación de que se trata otra aplicación que ya no es inútil, sino desafortunada. Reza el art. 868 del Código de Comercio: "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de
una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea".

Según se ve, este texto legal, rompiendo la tradición latina inveterada, consagra la teoría de la imprevisión, que consiste en suponer que los contratantes se obligan en consideración a las circunstancias existentes al tiempo del negocio (rebus sic stantibus), en forma tal que si estas varían, haciendo más difícil u oneroso el cumplimiento de una de las partes, esta puede alegar tal cambio como razón exculpatoria de su incumplimiento.

Desde la época rorriana, en la cual se estructuró el sistema de la responsabilidad moral fundada en el dolo o la culpa, solamente se ha considerado como factor exonerante del cumplimiento de las obligaciones el caso fortuito o fuerza mayor, esto es, el hecho extraño al agente, imprevisible e irresistible.

Así, en punto del incumplimiento de las obligaciones contractuales, para que se admita la exoneración del deudor se requiere que este no haya podido prever el hecho extraño impediente y, además, que tal hecho lo haya colocado en imposibilidad de cumplir, y no que haya hecho más gravoso o difícil el cumplimiento, según lo pretendió la teoría de la imprevisión, constantemente derrotada por la doctrina desde que hizo su aparición en la Edad Media.
Con razón ha considerado la doctrina que esa teoría no solamente rompe la estructura del derecho latino en materia de la responsabilidad moral, sino que también mina la seguridad del comercip y -abre la puerta a la mala fe en la ejecución de los contratos, ya que cohone~ta ~a imprevisión y la temeridad de los contratantes, quienes en vista de un n'egdcio complejo y de resultados dudosos, se arriesgan a celebrarlo si saben que, a la postre, pueden alegar el cambio de las circunstancias en que lo hicieron.
Por lo expuesto, registramos aquí esta desacertada aplicación que nuestro Código de Comercio les adjudica a los contratos de ejecución sucesiva.

73. CONCLUSIONES. De lo anteriormente dicho se concluye, en primer lugar, que la distinción entre los contratos de ejecución instantánea y los de ejecución sucesiva es viable teóricamente, si para tal efecto se atiende a la imposibilidad jurídica o natural que en estos últimos se presenta para ejecutarlos en forma instantánea. En segundo lugar, no es cierto que la resolución obre o deje de obrar con efecto retroactivo según que el contrato sea de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, respectivamente, sino que, con prescindencia de tal clasificación, dicha resolución no puede actuar sobre el pasado por la imposibilidad que en algunos casos se presenta para

destruir ciertos efectos producidos por el contrato con anterioridad a la declaración de resolución. En tercer lugar, los terminos de la prescripción extintiva de las obligaciones no corren parejos desde la celebración del Contrato, con prescindencia de su clasificación, cuando dichas obligaciones están sujetas a modalidades para su nacimiento o para su cumplimiento, que
es lo que naturalmente ocurre en los contratos de ejecución sucesiva y excepcionalmente en los de ejecución instantánea. En fin, la teoría de la imprevisión, adoptada por nuestro Código de Comercio respecto de los contratos de ejecución sucesiva, a imitación de un Código extranjero que, dicho sea de paso, es inferior al Código francés y al del señor BELLO, o mejor, es un injerto infortunado en el sistema clásico latino.

INTRODUCCIÓN

LA CLASIFICACIÓN GENERAL

74. LA ENUMERACIÓN LEGAL. Según el art. 1502 del Código Civil, "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1°) que sea legalmente capaz; 2°) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3°) que recaiga sobre un objeto lícito; 4°) que tenga una causa lícita".

75. CRÍTICA A LA ENUMERACIÓN LEGAL. Varios reparos se le pueden hacer al citado texto legal que pretende enumerar todos los requisitos para la existencia y para la validez de los actos jurídicos, a saber:
a) No es cierto, según este lo da a entender, que la capacidad y el consentimiento sano se requieran únicamente en la persona que se obliga por un acto o declaración de voluntad, pues tales condiciones son generales y deben cumplirse respecto de toda persona que intervenga en un acto jurídico, cualquiera que sea la posición que ocupe en este, aunque río sea la de deudora].
b) La enumeración es incompleta, porque omite las solemnidades legales y la ausencia de lesión enorme que, respecto de ciertos actos, constituyen requisitos para la existencia o para la validez de dichos actos, respectivamente.
c) Igualmente omite este artículo los elementos esenciales (essentialia negotii) de cada acto jurídico específico, sin los cuales este puede llegar a no producir efecto alguno, según lo declara el art. 150J2; y
d) El artículo criticado incurre en el mismo defecto técnico que se apunta al art. 1108 del Código Civil francés y que consiste en la enumeración indiscriminada de los requisitos para la existencia de los actos jurídicos y de los requisitos para la validez de ellos, dando así lugar a confusiones entre unos y otros, que han sido fuente de problemas en el campo de la doctrina.

76. LOS REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne. Sin la voluntad

manifestada, o sin el consentimiento no hay, por definición, acto jurídico. Lo propio ocurre cuando falta el objeto, porque, también por definición, la voluntad que constituye la sustancia del acto debe encaminarse a un objeto jurídico que puede consistir en la creación, o en la modificación, o en la extinción de una o más relaciones de derecho. En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes3.
Otro tanto ocurre cuando determinado acto reúne las condicionesesenciales de todo acto jurídico, inclusive la forma solemne cuando la ley la requiere, pero dicho acto carece de alguno de los elementos que también son esenciales según su especie, como lo son la cosa vendida y el precio en la compraventa, y sin los cuales este contrato no puede existir como tal (arts. 1501, 1865 Y 1870).

77. Los REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Pero, por otra parte, también hay condiciones que ya no se refieren a la existencia misma de
los actos jurídicos, sino que tocan con su validez. Como ya quedó dicho, un
acto existe cuando en él se dan la voluntad o el consentimiento, el objeto y la forma solemne prescrita por la ley. Sin embargo, puede suceder que dicho acto, existiendo jurídicamente, sea inválido. por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad y que 10 condene a muerte. Así, puede ocurrir que el agente o uno de los agentes esté legalmente incapacitado para actuar por sí mismo en el comercio jurídico; o que su

voluntad se encuentre viciada por error, fuerza o dolo; o que la economía del acto quede gravemente alterada por una lesión enorme; o que la economía del acto sea ilícito, o que la causa sea falsa o ilícita; o que habiéndose observado las solemnidades legales, se haya omitido alguno o algunos de los requisitos atinentes a ellas. En todos estos casos, el acto deviene absoluta o relativamente nulo. Existe y produce efectos
jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada, pudiendo ocurrir que el acto sobreviva a sus vicios y defectos, si no es atacado dentro de los términos de prescripción de las correspondientes acciones de nulidad.

78. RESUMEN DE LOS REQUISITOS. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos son la voluntad o el consentimiento, el objeto genérico y específico, y la forma solemne; mientras que los requisitos para la validez de aquellos son la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley.

79. REFERENCIA A LAS SANCIONES DE LOS REQUISITOS. Conviene advertir, desde ahora, que los mencionados requisitos para la existencia y para la validez de loS actoS jurídicos están garantizados con tres clases de sanciones, a saber: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Así, faltando la voluntad o el consentimiento, o el objeto genérico o específico, o la forma solemne, el acto es inexistente4; la incapacidad absoluta, la ilicitud del objeto o de la causa y la omisión de ciertos requisitos o formalidades integrantes de la forma solemne producen la nulidad absoluta del

acto; en fin, la incapacidad relativa, los vicios de la voluntad, que incluyen la falsedad de la causa, y la lesión enorme, en ciertos casos, están sancionados con la nulidad relativa del acto.

80. PLAN. En el desarrollo de esta parte de la obra no observaremos el orden que impone la distinción entre los requisitos para la existencia y para la validez de los actos jurídicos, sino que para facilitar la inteligencia de los
variados temas que aquí se conjugan, trataremos de ellos indistintamente, vale decir, prescindiendo de la jerarquía que les corresponde en razÓn de sus sanciones legales. Así, por ejemplo, antepondremos el estudio de la capacidad legal de los agentes, requisito para la validez de los actos, al examen de la voluntad o el consentimiento en estos, requisito para su existencia, porque consideramos que metodológicamente la valoración de un acto debe comenzar por la determinación de la aptitud que la ley les atribuye o les niega a dichos agentes para participar en la función reguladora de las relaciones sociales, o sea, para actuar en el marco asignado a la autonomía de la voluntad privada.

SECCIÓN 1

LA CAPACIDAD LEGAL

CAPÍTULO I: GENERALIDADES

81. LA DOBLE ACEPCIÓN DE LA VOZ "CAPACIDAD". Según ya quedó dicho, en elléxico jurídico la expresión capacidad es anfibológica, pues unas veces denota la aptitud que

se les atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, al paso que, otras veces, se emplea para significar el poder que se reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar actos
jurídicos, sin el ministerio o la autorización de otras personas 1.
En el primero de los sentidos indicados, la capacidad es un atributo de
la personalidad jurídica, porque la aptitud para convertirse en titular de derechos y obligaciones es precisamente la que permite que un ente pueda entrar a formar parte de la categoría de las personas o sujetos de derecho. Así, los individuos de la especie humana son personas en el mundo jurídico, en cuanto se les reconoce la referida aptitud, y dejan de serIo cuando se les priva de ella en virtud de instituciones positivas, como la esclavitud, la muerte civil, ete. Igualmente, ciertos entes ideales, como las corporaciones, las sociedades, las fundaciones, ete., adquieren personalidad jurídica cuando se les reconoce aptitud para adquirir derechos y para contraer obligaciones.
En un segundo sentido, la capacidad ya no es un atributo de todas las personas o sujetos de derecho, sino un requisito para la validez de los actos
jurídicos realizados por ellos, porque si bien es cierto que la capacidad de goce, o sea, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es una propiedad esencial de todas las personas, las legislaciones positivas no admiten la validez de los actos jurídicos celebrados por quienes no tienen el grado de discernimiento y de experiencia suficiente para comprender el sentido y las consecuencias de tales actos. De ahí que el art. 1502 de nuestro Código Civil disponga que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz", agregando

que "la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra"2.

Varias observaciones sugiere el texto legal citado, que sirven para precisar el significado y alcance del requisito de que se trata; a saber: a) la expresión persona, empleada por la ley, indica que esta parte del supuesto de que quien interviene en un acto jurídico tiene capacidad de goce, porque re
petimos, cuando se habla en derec~o de una persona se. está significando
implícitamente que se trata de un sUjeto dotado de la aptItud para adquirir derechos y contraer obligaciones; b) la definición trascrita corresponde al concepto de la capacidad legal, considerada como requisito de los actos
jurídicos; y c) el artículo incurre en notoria impropiedad al dar a entender que esta capacidad legal es requisito que solamente se exige respecto de la persona que se obliga, cuando, en realidad, se trata de una condición que debe tener cualquiera que intervenga en un acto jurídico, aunque solamente ocupe la posicion de acreedor. Con otras palabras, la capacidad legal no es únicamente requisito para obligarse, sino que lo es, en general, para que cualquier persona pueda intervenir por sí misma en la celebración de actos jurídicos, sin el ministerio o la autorización de otra persona.

82. CONCEPTO DE LA INCAPACIDAD LEGAL. Acabamos de decir que la ley, inspirada principalmente en motivos atinentes a la protección de la autonomía de la voluntad privada, niega a ciertas personas o sujetos de derecho la facultad de realizar actos jurídicos por sí mismos. Tal es el concepto de la incapacidad legal que, por tanto, consiste fundamentalmente en la restricción de la posibilidad de intervenir en el comercio jurídico. Pero hay que tener en cuenta,

además, que esta restricción es de carácter excepcional, porque la regla general en materia civil es la de que toda persona es hábil para ejercer sus derechos y para realizar cualesquier actos jurídicos lícitos. "Toda persona es legalmente capaz -reza el art. 1503 del Código Civil-, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD LEGAL

83. PRECISIÓN. La prohibición que encierra la incapacidad legal puede referirse a toda clase o a la gran mayoría de los actos jurídicos, o solamente a alguno de estos en especial, de donde surge la clasificación de dicha incapacidad en general y particular, respectivamente.

1. La incapacidad general

84. EL CONCEPTO. La incapacidad general es la que se refiere a toda clase de actos jurídicos o, a lo menos, a la gran mayoría de ellos. Hoy día no existen en nuestro derecho incapacidades generales fundadas en motivos distintos de la protección de la autonomía de la voluntad privada. Así, la incapacidad accesoria de una condena penal, o de votos religiosos, o de otras causas semejantes, no ha sido acogida por nuestra legislación; la incapacidad de la mujer casada, que obedecía a la organización de la familia bajo la potestad del marido, quedó abolida por la ley 28 de 1932, y la incapa-

cidad de las personas jurídicas, que tampoco se funda en la protección de la autonomía de la voluntad privada, fue igualmente suprimida por el decreto-ley 2820 de 1974. Por lo tanto, solo están afectados de incapacidad general los seres humanos que, por carecer del discernimiento o de la experiencia necesarios, están naturalmente inhabilitados para celebrar actos jUrídicos. El arto 1504 del Código Civil enumera dichas personas, que son las siguientes: los dementes, los menores (no habilitados de edad), los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los disiPadores en interdicción judicial, (10.5 mujeres casadas y las personas jurídicas).

85. SUBCLASIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD GENERAL. Las personas anteriormente mencionadas pueden estar afectadas de incapacidad general absoluta o relativa.

86. A) LA INCAPACIDAD GENERAL ABSOLUTA. Los dementes, los menores impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito tienen prohibida la ejecución de todo acto jurídico; para la celebración de estos necesitan siempre la intervención directa de un representante legal, genéricamente denominado guardador (padres de familia, tutor o curador), sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos o formalidades exigidos por la ley para ciertOS actos especiales, como la licencia judicial y la subasta pública para la \"enta de bienes inmuebles. De suerte que la incapacidad de estas personas eS absoluta Y está sancionada cón nulidad igualmente absoluta: "sus actos no
roducen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución", reza el arto
~504. Esta nulidad puede ser declarada de oficio por eljuez o a solicitud del

ministerio público o de cualquier interesado; conforme a la ley 50 de 1936,
puede ser saneada mediante la ratificación del acto, y la correspondiente
acción de nulidad solo prescribe al cabo de veinte años, contados desde la cesación de la incapacidad.
87. B) LA INCAPACIDAD GENERAL RELATIVA. La incapacidad de los menores adultos y de los disiPadores en interdicción judicial es relativa, porque "sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes", como dice el mismo arto 1504. Para la protección de esta clase de incapaces ya no se exige la intervención directa de sus representantes legales en los actos jurídicos que les interesan; basta con la mera autOrización de estos para que tales actos sean válidos, sin perjuicio de la observancia de esas otras formalidades o requisitOs adicionales exigidos por la ley, como la autorización judicial y la pública subasta para la venta de bienes inmuebles. Esta incapacidad relativa de los menores adultos y de los disipadores en interdicción judicial está sancionada con una nulidad igualmente relativa, que solamente puede ser alegada por el representante legal del incapaz o por este último cuando tenga la libre administración de sus bienes, es decir, cuando haya dejado de ser incapaz. Además, dicha nulidad relativa puede ser saneada por la ratificación del acto viciado y por la prescripción cuatrienal de la respectiva acción rescisoria, a lo que se agrega que las obligaciones producidas por dicho acto a cargo del relativamente incapaz entran en la categoría de las obligaciones naturales.

II. Los fundamentos co,,!crf1tos de la incapacidad general

88. LA INCAPACIDAD DE LOS DEMENTES. La expresióndemenciaempleada por la ley para los efectos de la incapacidad, no solo se refiere a los estados permanentes de locura, imbecilidad, cretinismo y similares, sino, en general, a todas las afecciones sico-patológicas, aunque sean transitorias, que coloquen a la persona que las padece en imposibilidad de emitir una manifestación normal y seria de voluntad1.

Tratándose de la demencia permanente, se presenta un delicado problema jurídico respecto de la determinación de la validez o invalidez de los actos cumplidos por quien la sufre, porque es sabido que el estado general de demencia no se opone a que el paciente pueda tener intervalos lúcidos, durante los cuales es tan hábil para prestar un consentimiento serio y ponderado como cualquier otra persona. Existe, pues, incertidumbre respecto de la validez o invalidez de los actos jurídicos celebrados por un demente, comoquiera que es muy difícil determinar retrospectivamente con exactitud el grado de discernimiento y de razón que este haya tenido en tal momento. Para poner fin a dicha incertidumbre, la ley establece la interdicción judicial de los dementes permanentes, en virtud de la cual se les declara inhábiles para actuar en el comercio jurídico. De esta suerte, mientras una persona no haya sido colocada en interdicción judicial, la validez o invalidez de sus actos depende, respectivamente, de su capacidad o incapacidad de hecho. Se presume que tales actos son válidos, porque la capacidad es la regla general en nuestro derecho, según ya quedó explicado, lo que no se opone a que se demuestre judicialmente que han sido celebrados en un momento en que el agente se encontraba en estado de enajenación mental y que, por tanto, son inválidos. Pero, una vez decretada la interdicción judicial, el demente queda afectado de una incapacidad de derecho, que implica la presunción

juris et de jure de que todos los actos jurídicos celebrados por el son inválidos2.

89. LA INCAPACIDAD DE LOS SORDOMUDOS. Inspirándose en el derecho romano, nuestro Código Civil asimila los sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito a los demás incapaces absolutos, vale decir, a los dementes ya los impúberes, cuya expresada condición legal se funda en su falta de discernimiento o de adecuado uso de razón3. Así, al llegar a la pubertad, el sordomudo que no se encuentre bajo patria potestad queda sometido a curaduría que, se prolonga más allá del advenimiento de la mayor edad hasta que sea judicialmente habilitado, a solicitud suya mediante la demostración de que puede entender y ser entendido por escrito, y de que tiene la suficiente inteligencia para la admistración de sus bienes4.

El precitado régimen legal indudablemente subordina el complejo problema sico- físico que implica la sordomudez a otro criterio distinto, cual es el de la claridad requerida para la manifestación de la voluntad en los actos jurídicos. Parte del supuesto -hoy día desvirtuado por los avances científicos logrados en la rehabilitación y educación de los sordomudos- de que no pudiendo estos hablar ni darse a entender por escrito, cualquier manifestación de voluntad que hagan es tan ambigua que no puede ser tenida en cuenta para los efectos de la seguridad necesaria en los actos jurídicos. Pero este criterio inactual y simplista no consulta, como ya quedó insinuado, las verdaderas dimensiones del problema, que estriba principalmente en la determinación del grado de desarrollo psico-físico que puedan alcanzar los sordomudos.

El sordomudo congénito, a causa de su grave deficiencia física necesariamente está dispuesto a sufrir un retraso mental

que, si no es subsanado mediante educación adecuada, le hace inepto para formarse una idea clara del comercio y del mecanismo de las transacciones jurídicas. En condiciones análogas se encuentra quien ha adquirido el mencionado defecto en temprana edad, como generalmente sucede. No así quien queda afectado de sordomudez después de haber alcanzado suficiente desarrollo intelectual hasta el punto de que su incapacitación legal ya no se justifique.

Por consiguiente, apreciando el problema desde el punto de vista de la protección de la autonomía de la voluntad privada -en el que acertadamente se ha colocado siempre la tradición latina al respecto- el tratamiento legal del sordomudo debe atender preferentemente a la aptitud o ineptitud que naturalmente tenga este para realizar a consciencia actos susceptibles de repercutir en su patrimonio y en la vida jurídica.

Las soluciones concretas que pueden adaptarse desde el mencionado punto de vista de la protección de los agentes jurídicos se han orientado en las legislaciones latinas contemporáneas por dos caminos distintos. O se parte -como lo hacen los códigos civiles francés e italiano- de la presunción general de que toda persona que ha alcanzado cierta edad adquiere ipso facto el nivel adecuado para intervenir hábilmente en el comercio jurídico, presunción que cobija a los sordomudos6, sin perjuicio de que, por excepción, se pueda obtener la interdicción judicial de alguno de estos mediante la demostración de que, debido a su defecto físico, padece de un retrazo mental que le hace inepto para realizar, a consciencia, actos jurídico. Por el contrario, se adopta la vía inversa -que es la de nuestro Código y la que se acerca más al criterio romano-. El sordomudo, por causa d'e su defecto, no queda cobijado por la presunción general de la capacidad de los

mayores de edad, sino que se le asimila a los mentecatos y se le somete, como a estos, al régimen legal de la incapacidad absoluta. Así, llegado a la pubertad se supone -lo que es bien frecuente en nuestro medio- que aún no ha alcanzado a recibir educación adecuada para superar su deficiencia sicofísica, por lo cual su situación no se modifica, a diferencia de lo que ocurre respecto de los menores adultos normales, quienes entran en la categoría de los incapaces relativos. Además, ni siquiera el advenimiento de la mayor edad modifica el referido régimen del sordomudo, quien continua sometido a curaduría, igual a la de los dementes interdictos, hasta que obtenga la habilitación o capacitación judicial, mediante la prueba de que ha adquirido la inteligencia necesaria para administrar sus bienes y, además, de que puede entender y darse a entender por escrito.

90. lA INCAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD. Entre estos también hay que distinguir a los menores impúberes y a los menores adultos, porque el régimen jurídico de unos y otros varía según esta clasificación.

Los impúberes son el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce (art. 34).

Los sicólogos afirman que los niños adquieren el uso de la razón a la edad de siete años, pero es indudable que, aun quien ha pasado de esta edad sin alcanzar la pubertad, tiene una inteligencia tan poco desarrollada y sus voliciones son tan imperfectas, que la ley debe prohibirle toda intervención en el comercio jurídico, solución esta que nuestro Código Civil consulta al declarar absolutamente incapaces a los impúberes, es decir, al someterlos al régimen propio de los dementes, a quienes se asemejan por las deficiencias del entendimiento 7.

El advenimiento de la pubertad en una persona no determina, ni debe determinar el reconocimiento de su plena capacidad. Un varón que ha cumplido catorce años y una mujer que ha cumplido doce pueden comprender el sentido de sus actos; pueden tener una idea del valor de los bienes y los servicios; pero carecen de la experiencia necesaria para defender su patrimonio en el comercio jurídico. Por esta razón, la ley, protege a los menores adultos, prolongando su incapacidad hasta los veintiún años (hoy 18 años)8, en los cuales comienza la mayor edad y se supone que aquellos adquieren la experiencia requerida (art. 34). Pero la incapacidad del menor adulto ya no es absoluta, como la del impúber, sino que es relativa. Así, aquel puede realizar por sí solo ciertos actos, tales como contraer matrimonio, otorgar testamento y administrar su peculio profesional. Además, para la celebración de los. actos jurídicos respecto de los cuales el menor adulto es incapaz, 00 es necesar:ia l~,intervenc~ó~ directa de su representant~ legal, sino que
basta la autonzaClOn de este ultImo para que los actos cumplIdos directamen
te por aquel sean válidos.

91. REFERENCIA A LA HABILITACIÓN DE EDAD DE LOS MENORES. Por otra parte, corno la incapacidad de los menores adultos se funda en su falta de experiencia en los negocios y en el peligro que puede correr su patrimonio por [al causa, dicha incapacidad se podía hacer cesar cuando se comprobaba que este peligro realmente no existía por haber adquirido ya el menor la aptitud necesaria para sortearlo. De ahí que el Código Civil consagrara la institución de la habilitación de edad, privilegio concedido al menor que hubiera alcanzado la edad de diez y ocho años y que estuviera emancipado, para que pudiera ejecutar todos los actos jurídicos y contraer todas las obligaciones de que eran capaces los mayo-

res de veintiún años, excepto aquellos actos u obligaciones de que una ley expresa lo declarase incapaz!!. De suerte que la habilitación de edad del menor adulto ponía fin a su incapacidad general, sin perjuicio de la incapacidad particular de que todavía adolecía respecto de ciertos actos expresamente señalados por la ley, como la enajenación o hipoteca de sus bienes raíces y la aprobación de las cuentas de su tutor o curador lO. .

Dicha institución de la habilitación de edad quedó derogada por la ley 27 de 1977, que redujo a los diez y ocho años los veintiuno que el Código había señalado como término de la menor edad. Estimamos nosotros que esta reforma, inspirada en motivos políticos, tales el de lograr una mayor participación de las juventudes en los comicios electorales (acto legislativo núm. 1 de 1975), además de haber resultado frustránea en este terreno político, constituye un error en lo que concierne a la legislación civil. En efecto, si se tiene en cuenta el alto grado de analfabetismo que aún hoy se registra en los países en desarrollo, como el nuestro, y la falta de acceso de la mayoría de la población a la educación primaria y secundaria, inclusive ya se podría juzgar como temeraria la reducción del término de la menor edad a los veintiún aiios, cuando otras legislaciones de países cuyo desarrollo nosotros no hemos alcanzado aún, como la francesa, la habían fijado en veinticinco años.

92. LA INCAPACIDAD DE LOS DISIPADORES. A diferencia del demente, el disipador es un individuo que goza de la plenitud de sus facultades mentales y que, por consiguiente, está exento de una afección patológica que le impida administrar sus bienes. Sin embargo, es frecuente el caso de ciertas personas de voluntad débil, que se dejan arrastrar por las pasiones como el juego u otras semejantes, que les hacen

perder el sentido de la economía y las llevan a gastos desproporcionados a su fortuna. Para evitar que estas personas dilapiden todo su haber, se arruinen con sus familias y se conviertan con ellas en carga para la sociedad, la ley autoriza su interdicción judicial, en virtud de la cual se les prohíbe administrar por sí mismas sus bienes. El decreto de interdicción judicial coloca, entonces, al disipador en un estado de incapacidad general relativa, análogo al de los menores adultos.

93. LA INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Ya quedó visto que estas, por su propia naturaleza, carecen de aptitud sic o-física para producir un acto voluntario y, por consiguiente, un acto jurídico, por lo cual necesariamente tienen que obrar por intermedio de sus representantes.

Nuestro Código Civil, a imitación de sus modelos, principalmente del Código de Napoleón, estructuró la institución de la representación a manera de una colcha de retazos, involucrándola en el contrato de mandato y en la administración de los guardadores, y da a los actos de las personas jurídicas y a estas mismas un tratamiento inadecuado, confuso y contradictorio. En primer lugar, el arto 1504 las catalogaba entre los incapaces relativos, aliado de los menores no habilitados de edad y de los interdictos por disipación. Además, el art. 1745 somete la nulidad de sus actos (obviamente los de sus órganos y representantes) a las reglas de los de las personas bajo guarda, y los arts. 2097 y ss., asimilan los gestores sociales a los mandatarios, de donde resulta que los actos realizados por estos pueden, por varios aspectos, estar sometidos a un régimen legal diferente del propio de los actos de los guardadores.

Una concepción más clara que la de nuestro legislador conduciría simplemente a someter los actos de las personas

jurídicas a las reglas y principios generales de la representación.

94. UNA CLASIFICACIÓN DOCTRINARIA INACEPTABLE. Un sector de la doctrina, principalmente de la alemana y de la italiana, ha pretendido establecer distinción entre la incapacidad natural y la incapacidad legal, ~on~ideradas ambas como instituciones jurídicas separadas y hasta ubicadas en campos diferentes dentro de la problemática del acto jurídico. Tal distinción es una de las varias consecuencias equivocadas que derivan de la consabida confusión, que hemos criticado, entre el acto humano y el acto jurídico. Según ella, la supuesta categoría de la incapacidad natural comprendería todos aquellos casos en que el derecho, en presencia de actos concretos y fundándose en los datos que suministran las ciencias sico-físicas, llegaría a la conclusión de que el agente o agentes respectivos carecen o carecían del grado de discernimiento necesario para que dichos actos fueran normales y, por ende, válidos, al paso que la incapacidad legal quedaría reducida al campo en que el derecho, obrando con sus propios criterios y hasta apartándose de aquellos datos reales, por así decirlo, establece la inhabilitación más o menos permanente de los sujetos de derecho para intervenir en el comercio jurídico, como cuando señala edades fIjas para la admisión progresiva de los seres humanos a este comercio, o cuando los excluye a consecuencia de declaraciones de inter
dicción judicial o de condenas penales. Además, como ya quedó insin'uado, la comentada concepción llega hasta ubicar en terrenos distintos estas dos especies de incapácidad: la incapacidad r:a~ural s~rí~ Un requisito sUbjetivo y la incapaczdad legal sena otro reqUIsIto dIstmto ob)etzvo-sub)etivo. De donde se colige que la apreciación jurídica de un acto supondría necesariamente una doble investigación: a) la de la

aptitud natural del agente en el momento de la actuación, y b) la de su legitimación para actuar, según estuviera sujeto o no a una de esas inhabilidades más o menos permanentes decretadas por la
leyI].
La solución del problema que encara la precitada concepción doctrinal, en forma tan esforzada como artificiosa, resulta bastante simple ante la lógica jurídica, como tratamos de demostrarlo aquí. El derecho ha estructurado sus nociones desujeto de derecho, acto jurídico y capacidad legal utilizando como modelos, respectivamente, al hombre, al acto humano y a la aptitud sico-física de aquel. Pero esas versiones jurídicas solamente captan aquellos aspectos de sus modelos que interesan a los fines del derecho y, además, contienen elementos y características específicos, sobre agregados en función de di
chos fines. Por tanto, la institución jurídica denominada capacidad legal es una e indivisible, y su organización como tal, en parte obedece a los criterios que se emplean para apreciar la habilidad natural del hombre y, en parte, abandona esos criterios para cumplir mejor sus fines jurídicos. Dicho en otros términos, ante el derecho solo existen personas legalmente capaces o incapaces, y no hombres hábiles o inhábiles para realizar actos humanos más
o menos normalesI2.

95. CONCEPTO. A vuelta de enumerar las incapacidades generales de que ya hemos tratado, el arto 1504 del Código Civil agrega lo siguiente en su inciso final: "Además de estas incapacidades, hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos". No se refiere, pues, este texto legal-hay que tenerlo en cuenta- a aquellos actos jurídicos que, por

tener un objeto contrario al orden público, están prohibidos a todo el mundo. La incapacidad particular solo tiene cabida respecto de los actos jurídicos lícitos en sí mismos, que pueden ser
válidamente ejecutados por cualesquiera personas dotadas de capacidad general, pero que excepcionalmente quedan prohibidos respecto de ciertas y determinadas personas. O mejor aún: reconociendo la capacidad gen~ral de una persona, la ley la declara particularmente incapacitada para realIzar determinado acto jurídico intrínsecamente lícito. Así, según ya lo hemos expuesto, el menor adulto habilitado de edad era generalmente capaz de ejercer sus derechos y de obligarse, pero la ley le prohibía hipotecar o ena
jenar sus bienes raíces y aprobar las cuentas de su tutor o curador sin licencia
judicial, lo cual equivalía a establecer respecto de aquel las mencionadas
incapacidades particulares 13. Otro ejemplo de incapacidad particular es el relativo a los tutores y curadores, a quienes se les prohíbe comprar los bienes raíces del pupilo o tomarlos en arrendamiento, prohibición que se hace extensiva al cónyuge, a los ascendientes o descendientes legítimos o naturales, al padre adoptante y al hijo adoptivo del tutor o curadorl4. En este caso también se trata de una incapacidad particular, porque los contratos de compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles son intrínsecamente lícitos y pueden ser celebrados por cualquier persona capaz, lo que no obsta para que la ley los prohíba respecto de las personas anteriormente enumeradas, en consideración a las circunstancias especiales en que ellas se encuentran.

96. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA INCAPACIDAD PARTICULAR. La solución más generalizada en la doctrina a este respecto es la de que los actos ejecutados en contraven-

ción a las normas legales que establecen una incapacidad particular están sancionados con la nulidad relativa, que puede ser alegada únicamente por las personas favorecidas con su establecimiento y que puede ser saneada mediante la ratificación del acto o la prescripción cuatrienal de la respectiva acción rescisoria. .

Esta solución doctrinal encuentra su fundamento legal en el art.1741 de nuestro Código Civil, conforme al cual solo hay nulidad absoluta en los casos de objeto o causa ilícita, en los de omisión de los requisitos o formalidades exigidos por la ley para el valor ,de los actos o contratos en consideración a su naturaleza y no a la calidad o e~tadp de las personas que los ejecutan o acuerdan, y en los actos de personas absolutamente incapaces. Para cualquiera otra especie de vicio la sanción es la nulidad relativa que da derecho a pedir la rescisión de tales actos, y esto por aplicación del inciso final del citado art. 1741 del Código Civil 15 .

En nuestro sentir, la precitada solución única no es de recibo, porque ella se funda en la consideración de que la prohibición legal inherente a la incapacidad particular tiene siempre el propósito de-proteger a los agentes, como sucedía en el caso del menor habilitado de edad, respecto del cual se exigía la autorización judicial para la hipoteca o enajenación de sus bienes raíces y para la aprobación de las cuentas de sus guardadores. En casos como el de este ejemplo, estando prescrita la referida formalidad en consideración a "la calidad o estado" del menor habilitado, la inobservancia de ella no generaría nulidad absoluta, sino relativa, en los términos de la segunda hipótesis contemplada en el inciso 1 Q del art.1741 del Código Civil.

Pero, de otro lado, también se dan prohibiciones legales a ciertas personas para celebrar actos permitidos a todo el mundo, las que no miran ya a la sola protección de los agen-

tes ni desaparecen con la observancia de formalidades adicionales, como la licencia judicial, sino que obedecen a la defensa de los terceros o a otras razones atañederas a la moral y demás principios del orden público. Tales la de celebrar compra~enta entre cónyuges no divorciados, y entre el padre y el hijo de familial". En estos casos, hay incapacidad particular respecto de las personas afectadas por la prohibición, pero los motivos de orden público en que esta se apoya, imponen la solución de la nulidad absoluta del acto de que se trata, de conformidad con la regla del art. 1523 del Código Civil, que preceptúa que "hay asimismo, objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes", y del art.1741, que sanciona expresamente este vicio con la nulidad absoluta.

En suma: para resolver el dilema que se presenta respecto de la sanción de la incapacidad particular, ha de atenderse a si el acto prohibido se hace viable mediante la observancia de una formalidad adicional, caso en el cual la omisión de esta genera nulidad relativa, o a si, por el contrario, el acto les esta absolutamente prohibido a la persona o personas de que se trata, caso en el cual la nulidad de dicho acto será igualmente absoluta.

---

1 En nuestro concepto,el ré¡,rimenlegal de la incapacidad por demencia no se puede hacer extensivo a aquellos otros casos en que los agentes obran en un estado transitorio de falta de razón, pero determinado por causas distintas de las afecciones sico-patológicas propIamente dichas, como la embriaguez o el empleo de estupefacientes. Nuestro Código Civil presume la capacidad, salvo en los casos expresamente previstos por la ley (art. 150:~), que, por consiguieme, tienen carácter excepcional y son de imerpretación restrictiva. Aun en legislacio-

nes, como la italiana, que autoriza la imerdicciónjudicial del beodo habitual y
del drogómano, al igual que la del disipador, los actos cumplidos por aquellos antes de la adopción de tal medida están amparados por la presunción de validez consiguiente a la de la capacidad general de las personas (C. C. italiano, arto 415, parro 2°). Sin embargo, las situaciones de que se trata no escapan totalmente a la valoración legal dentro de nuestro sistema. En efecto, si el estado no sico-patológico de enajenación mental del agente, como el trance hipnótico, la embriaguez avanzada, la intoxicación con estupefacientes, etc., ha sido aprovechado o provocado por otra persona para inducir al paciente a la celebración de un acto jurídico, la invalidez de este encajaría perfectamente dentro del funcionamiento de las instituciones del dolo o de la violencia, como vicios del consentimiento, según el caso.

2 Código Civil, art. 553. Cfr. PLANIOL y RIPERT, Traité Elementaire de droit civil, Paris, 1939, t. 1, núms. 2010 y ss. y 2089 Y ss.; t. U, núm. 1090; CLARO SOLAR, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, t. XI, Santiago de Chile, 1937, núm.06.

3 Código Civil, art. 1504: Instituto, libro, 1, L, 23, De curat par. 4: "sed et menle caPlis, el surdis et mutis, el qui perpetuo morbo laborant (quia rebus suis ,coresse non prossunt) curatores dandi sunt" .

4 Código Civil, arts. 557 a 560.

5 CLARO SOLAR, ob. cit., t. X, núm. 706.

6. El Código Civil italiano establece el mismo régimen para los ciegos art 415).

7 CLARO SOLAR,. ob. cit.,

8. loCo cit. H Ley 27 de 1977. .

9 Código Civil, arts. 339 y ss.

10 CI.ARO SOLAR, ob. cit., t. XI, núm. 706.
11 Sic. GIUSEI'I'E STOLFI, Teoría del negocio jurídico, Madrid, EdiL Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 21, párrs. 6 y 7; CARlOTA FERRARA, El negocio jurídico, Madrid, EdiL Aguilar,
1956, núms. 112, 522 Y ss.
12 EMILIO BETTI, Teoría general del negocio jurídico, 2~ ed., Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1968, núm. 169 y ss. .
13 Código Civil, arts. 339 y ss.
14 Ibídem, arto 501.
15. Cfr. ClARO SOLAR, ob. cit., t. XI, núm. 708.
I6 Código Civil, arto 1852, y ley 28 de 1932, artA2.

SECCIÓN II

LA VOLUNTAD Y SU DECLARACIÓN

CAPÍTULO I: GENERALIDADES

97. PRECISIÓN. Si el acto jurídico es, por definición, una manifestación de voluntad encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, es claro que en él no pueden faltar ni la voluntad real del agente o agentes (elemento interno) ni la manifestación o declaración de la voluntad (elemento externo).

98. L<\ VOLUNTAD REAL. En general, la voluntad que interviene en la formación de un acto jurídico se puede definir como la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto.

Pero esta definición no debe ser interpretada como si se refiriera exclusivamente -y en virtud de una disección o abstracción artificiosa- a una sola etapa cualquiera del proceso sico-físico que supone todo acto volitivo, y en el cual, repetimos, sus varios factores y etapas sucesivas se integran en un todo, se compenetran y se influyen recíprocamente. Este proceso, que también se cumple en todo acto jurídico, explica por qué el derecho, al emprender su valoración, analiza cada uno de tales factores y etapas para determinar si el acto realmente existe o no y, en caso afirmativo, si se ha desarrollado normalmente o si, por el contrario, en cualquier momento de su iter se ha presentado alguna falla de que puedan derivarse consecuencias jurídicas. Así, pondera la aptitud sico-física del agente o agentes y condena los actos de los incapaces; examina las ideas que han participado en la etapa intelectiva para determinar si estas han sido o no fruto de la ignorancia o del error de los agentes, o si constituyen móviles determinantes que le impriman al acto una finalidad ilícita; investiga si el libre arbitrio de los agentes ha sido interferido o no por factores extraÜos que permitan concluir que el acto no ha sido realmente querido (fuerza absoluta) o, a lo menos, que se ha consumado con una voluntad coaccionada (voluntas coacta), ete.1.

En todo caso, la voluntad real del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico y es en Colombia un requisito legal de este, que no puede ser sustituido por ningún otro elemento distinto, ni siquiera por la declar~ción material de dicha voluntad, como habremos de puntualizarlo más adelante.

. 99. LA DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD. Obvio es que la voluntad del agente o agentes no constituye, por sí sola, fenómeno susceptible de resonancia jurídica, ~ino que adem~s es indispensable que dicha voluntad se manifieste, que trasCIenda del fuero mterno en el cual se gesta y desarrolla, proyectándose en la vida de las relaciones sociales que son el objeto propio del derecho (propositum in mente retentum non operatur). Solamente cuando esto último sucede puede ini-ciarse el procesamiento jurídico del acto, que parte de la verificación de la existencia de ese fenómeno externo, la declaración o mani festación, y de sus condiciones objetivas de legalidad, y que luego sí penetra en la esfera de la actuación síquica de los agentes para investigar el contenido de aquella, es decir, la voluntad real que pretende traducir.

Por otra parte, al enunciar los elementos integrantes de! acto jurídico, tuvimos oportunidad de esbozar dos ideas cardinales respecto de la forma que puede o, en ocasiones, debe revestir la manifestación o declaración. En primer lugar, dijimos que, en el derecho moderno, rige el principio general de la consensualidad de los actos jurídicos, que consiste en el reconocimiento por parte de! legislador de la libertad de los particulares en cuanto a la escogencia de dicha forma. Así, ya dijimos que los agentes, según su mejor conveniencia, pueden usar de la expresión oral o de la escrita, o pueden emplear signos o realizar hechos que, de acuerdo con la ley o con los usos comunes, traduzcan clara e inequívocamente su voluntad de actuar, y que, hasta en algunas legislaciones contemporáneas, se admite que el solo silencio puede llegar a constituir forma adecuada de consentir en ciertos actos jurídicos. Pero, en segundo lugar, también declaramos que e! derecho no ha podido prescindir totalmente del formalismo, como quiera que, con fundamento en la nec~sidad de proteger la autono-

mía de la voluntad privada y de garantizar la ~egl1ridad del comercio, ha tenido que exigir que ciertos actos, en verdad no pocos, deban revestirse de formalidades más o menos complejas, cuya inobservancia puede repercutir sobre la existencia y eficacia de dichos actos2.

Estas últimas consideraciones nos permiten formular desde ahora, un principio cuya importancia destacaremos en varias ocasiones: la forma de la declaración o manifestación de la voluntad debe ser legítima, y lo es cuando está autorizada por el postulado de la consensualidad de los actos jurídicos, o cuando, tratándose de actos formales, se ciñe a las prescripciones legales respectivas.

CAPÍTULO II

LAS RELACIONES ENTRE LA VOLUNTAD Y SU DECLARACIÓN

100. PLANTEAMIENTO y UBICACIÓN DEL TEMA. Ante todo, queremos advertir que en el presente capítulo no pretendemos dilucidar el tema últimamente tratado en el anterior, cual es el de la valoración de las formas solemnes de la declaración o manifestación de la voluntad de los agentes jurídicos y de las consecuencias que de dicha valoración derivan, pues repetimos que este es un problema particular de los actos formales, en los cuales la forma opera como un requisito adicional y específico que no tiene cabida en la generalidad de los actos jurídicos.

Aquí se trata de exponer otro tema diferente y que tiene proyección más amplia, cual es el de determinar las relaciones entre la voluntad de los agentes (elemento interno) y su declaración (elemento externo), cualquiera que sea la forma que esta revista y partiendo del supuesto de que dicha forma es legítima, o sea, que ha sido emitida de conformidad con las autorizaciones o con las exigencias legales. Con otras palabras: en presencia de una declaración legítima susceptible de corresponder a un acto normal, se pregunta si dicha declaración es apta para producir efectos jurídicos, por sí sola e independientemente de la voluntad que pretende traducir, o si, por el contrario, ambos elementos deben existir necesariamente y deben acoplarse entre sí.

A primera vista, el precitado interrogante parece superfluo. Mas no lo es, porque en la práctica diaria se presentan casos en los cuales el análisis jurídico demuestra que existendeclaraciones aparentes que carecen de su natural contenido, o sea, de la voluntad real de los agentes a que se atribuyen. Tal sucede, por ejemplo, cuando la declaración es obra de persona que ha suplantado al presunto agente o que falsamente se da como representante suyo; o cuando la autoría de la declaración es imputable al agente, pero la voluntad debe ser descartada, v. gr., por emanar de quien ha obrado bajo el imperio de una fuerza absoluta, como el hipnotismo, que ha convertido al sujeto en simple instrumento de una vciuntad ajena, etc. Y, además de estos casos en que la declaración es "un cuerpo sin alma", también se dan, todavía con mayor frecuencia, otros en los cuales existen la voluntad de los agentes y la declaración de esta, pero entre una-y otra se presentan discrepancias más o menos graves, porque la segunda no interpreta la verdadera intención de aquellos agentes. Tal sucede, por ejemplo, cuando alguien quiere celebrar

determinado negocio, como una compraventa, pero formula declaraciones que corresponden a otro acto distinto, como la donación; o cuando una persona desea adquirir una cosa, pero su declaración se refiere a otra Cosa diferente; o cuando en presencia de un objeto único, el comprador le atribuye calidades determinantes que no tiene, como ser el reloj de oro o haber perte,necido a un personaje ~amoso; o cuando alguien desea encargar la con feccion de un retrato a un pmtor de renombre, pero confunde a este con su ayudante; o cuando, por broma, jactancia u ostentación, o por realizar simple representación, se formula la declaración con la reserva mental de que esta no sea eficaz, o cuando los interesados simulan un negocio y, a la vez, producen entre sí otra declaración que lo hace ineficaz o que varía su naturaleza, o sus condiciones, etc.

En suma: los anteriores ejemplos y otros similares demuestran que, en lo tocante a las relaciones entre la voluntad y su declaración, en los actos jurídicos pueden surgir -y efectivamente surgen- numerosos problemas más o menos graves y que requieren soluciones varias, según los casos.

101. LAS TEORÍAS ACERCA DE LAS RELACIONES ENTRE LA VOLUNTAD Y SU DECLARACIÓN. Con el propósito de resolver estos problemas que venimos de enunciar, la doctrina jurídica ha elaborado varias teorías fundadas en diversos criterios. Dos de estas, que son las principales, se colocan en posiciones diametralmente opuestas: la que afirma la prevalencia de la voluntad real sobre la declaración y, a la inversa, la que sostiene la primacía de esta sobre aquella. Al lado de estas dos variantes principales se han formulado otras tesis, como la de la responsabilidad de los agentesy la de la confianza o buena fe de los destinatarios de la declaración,

las cuales, en vez de aportar una solución distinta de las antedichas, más bien se enderezan a prestarle refuerzo a la teoría de la prevalencia de la declaración.

102. A) LA TEORÍA DE LA PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD. Es la que cuenta(en {u favor con la firme e inveterada tradición latina que, con toda razón, ve en ella uno de los triunfos más importantes del pensamiento espiritualista en el campo del derecho occidental, pues esta teoría ha sido el resultado de la tenaz lucha emprendida por los jurisconsultos romanos y continuada por sus discípulos contra el formalismo simbolista de los sistemas primitivos y contra las consecuencias derivadas de él.

Efectivamente, la idea de la prevalencia de la voluntad real de los agentes jurídicos indujo a los jurisconsultos romanos a minar el arcaico principio que hacía depender la eficacia de los actos de las fórmulas rituales empleadas en su celebración (jorma dat esse rei); fue la idea que determinó la aparición de los contratos consensuales y de los pactos pretorianos y legítimos, en los cuales la voluntad privada se liberó totalmente de la servidumbre impuesta por las solemnidades (solus consensus obligat); fue la idea que introdujo en la valoración de los negocios privados la necesidad de investigar las condiciones sico-físicas de los agentes y de los procesos volitivos desarrollados por ellos, dando lugar a la incapacidad legal fundada en las deficiencias naturales de los agentes, a los vicios de la voluntad, etc. Estas y otras instituciones perennes, y los innumerables textos de los monumentos jurídicos que a ellas se refieren, demuestran hasta la saciedad la importancia preponderante que en ese grandioso sistema, cuna del derecho privado occidental, se le atribuyó al contenido anímico de los actos jurídicos (animus, voluntm;, consensus, intentio) 1.

Los precitado s desarrollos realizados por los jurisconsultos romanos, quienes estuvieron dotados ante todo de admirable sentido común, han conservado su vigencia a través de los siglos y tienen firme asidero en el actual pensamiento espiritualista. En efecto, la afirmación del predominio de la voluntad real sobre su expresión material deriva directamente del propio postulado de la autonomía de la voluntad privada y del carácter que a este se le atribuye de institución natural en la vida social, comoquiera que la única razón de ser de los actos jurídicos estriba en la impotencia de todo legislador para regular íntegramente las relaciones que dicha vida presenta, y en la invitación que, por tanto, este tiene que formularles a los particulares para que ellos voluntariamente colaboren en esa función reguladora2. Por esto, el elemento verdaderamente relevante en la actuación jurídica privada es la voluntad real que la preside, y no la apariencia material que resulta de su exteriorización más o menos perfecta. De lo dicho se concluye que el viejo y conocido aforismo, según el cual la voluntad es la sustancia de los actos jurídicos, nunca podrá-perder su vigencia, pese a las indebidas interpretaciones que se le han dado y que se han prestado a críticas aparentemente justas3. .

Los corolarios de esta teoría fluyen naturalmente. No puede haber acto jurídico en que falte la voluntad real de los agentes a quienes se atribuye. La declaración o acto aparente que no obedezca a este principio debe ser condenado de cualquier manera a la inefi,cacia. Tal es el tratamiento aplicable, por tanto, a los actos falsos por suplantación de los agentes, o por simulación de

su representación legal o convencional; a los actos de los impúberes y de los dementes; a los determinados por una fuerza absoluta (vis absoluta), que utiliza la voluntad de la víctima o la sustituya por otra ajena, etc. A la propia conclu-

sión debe llegarse en los casos en que la declaración se aparta fundamentalmente de la real voluntad de quien la formula, debido a la interposición de factores anormales que desvíen esta voluntad, como el error acerca de la naturaleza del negocio, o de la identidad del objeto o de calidades de este que se hayan tenido principalmente en mira, o de la identidad y calidades de las personas que hayan sido también la causa principal de la celebración del acto; o como la fuerza compulsiva (vis compulsiva) que, sin destruir la voluntad, coloque a la víctima en la necesidad de formular una
declaración contraria a su verdadero querer (voluntm; coacta). Finalmente, siempre que quede establecida la discordancia entre el tenor literal o verbal de la declaración y la real intención de los agentes, esta última debe ser preferida por el intérprete al tratar de aplicar el acto y de deducir los efectos de este (Prior atque potentior quam vox est mens dicentis).

103. B) LA TEORÍA DE LA PREVALENCIA DE LA DECLARACIÓN. Formulada inicialmente por pandectistas alemanes de fines del siglo XIX, contra la doctrina general de esta escuela, y apoyada sucesivamente en argumentos de variado origen, esta teoría desemboca en el extremo diametralmente contrario al de la anteriormente expuesta: en la afirmación categórica del predominio de la declaración sobre la voluntad real de los agentes.
Así, algunos llegan a esta conclusión a través de sus particulares ideas acerca de la naturaleza del acto jurídico. Por ejemplo, BETTI considera que la esencia de dicha clase de actos no reside en ser estos "manifestaciones de voluntad", sino en constituir reglas o preceptos de conducta que, una vez aparecidos en la vida social, cobran entidad propia, independizándose de la voluntad que les dio origen, y se imponen por sí mismos en dicha vida y en

su ordenación jurídica. De acuerdo con esta concepción, que implica una confusión entre la causa eficiente de la declaración, cual es la voluntad de los agentes, y el principal efecto del acto jurídico, que consiste en el poder normativo que se le atribuye por la ley, dicha voluntad de los agentes se extinguiría en el momento de su manifestación, de la propia maneta q'ue "una ola se extingue al ser absorbida por la ola siguiente". Desde tal momento, el acto quedaría reducido a una entidad objetiva que se proyectaría hacia el futuro en sus repercusiones sociales y jurídicas, desvinculándose de ese mundo pretérito y subjetivo en que tuvo lugar su gestación4.

También se ha recurrido a la equidad en busca de refuerzo de esta teoría. Así, se dice que los destinatarios de un acto jurídico naturalmente confían en la responsabilidad de los agentes y se atienen a lo que estos declaran de manera notoria y ostensible y que, por tanto, es injusto burlar esa confianza, esa buena fe, d~jando a aquellos expuestos a sufrir las consecuencias de la ineficacia del acto, fundada en exploraciones ulteriores de valor muy relativo y practicadas en un campo inaccesible, como lo es el fuero interno de dichos agentes".
En fin, ideologías positivistas y socialistas ven en la teoría de la prevalencia de la voluntad una encarnación del "pernicioso individualismo" y, entonces, otorgan toda su simpatía a la tesis del predominio de la declaración, a la que atribuyen el rango de incuestionable aplicación concreta del principio que subordina el interés particular al interés general. Así, confundiendo evidentemente dicho interés general con la conveniencia particular de los destinatarios de la declaración, afirman que tal declaración debe prevalecer sobre la voluntad de los agentes, porque la seguridad del comercio y la confianza pública reposan en la estabilidad de los actos aparentes,

ostensibles, y no en el pensamiento oculto e inasible de los individuos.
Ahora bien, aplicada la teoría que se comenta con todo el rigor dogmático que le atribuyen sus partidarios, lo que afortunadamente no ha ocurrido en el derecho occidental moderndi, daría ella lugar al establecimiento de un sistema abstracto y artificioso, cuyo funcionamiento mecánico apare
jaría consecuencias y soluciones tan primitivas, o más, que las propias del arcaico formalismo simbolista. Así, ante el surgimiento de una declaración desvinculada de sus antecedentes anímicos, pero imputable objetivamente a uno o más agentes, quienes desempeñarían en este suceso papel análogo al de los reactivos químicos, tal declaración estaría dotada de vida propia e inmanente y comenzaría a producir, porque sí, los efectos jurídicos predeterminados por la ley. Sobra decir que con tales presupuestos quedaría descartada de antemano cualquier investigación subjetiva respecto del acto de que se trata: sería inocuo inquirir si los agentes han querido o no producir
algún efecto jurídico: como también estaría? fuera de lugar cualesquiera consideracIOnes relatIvas a su falta de dIscermmIento, a posIbles vicios de su yoluntad, a la realidad ya la licitud de los móviles determinantes, etc. Finalmente, el tenor literal o verbal de la declaración adquiriría el valor absoluto
que el simbolismo les atribuyó a las fórmulas sacramentales, o sea que dicho tenor determinaría automáticamente la eficacia del acto; o, como también lo han pretendido quienes confunden el papel de la autonomía de la voluntad privada con la función judicial, dicho tenor serviría de recipiente material de cualesquiera efectos que los jueces discrecional o arbitrariamente quisieran atribuirle al acto "de acuerdo con las condiciones socio-económicas del momento" y empleando para tal fin método análogo al de la inter

pretación de las leyes que, al ser expedidas, también se consideran como desvinculadas de la voluntad dellegislador7.
De lo anteriormente expuesto puede inferirse que la mencionada teoría, al pronunciarse por la prevalencia de la declaración sobre la voluntad real de los agentes, pugna abiertamente con las soluciones tradicionales formuladas desde época temprana en la evolución del derecho occidental. De ahí el rechazo que tal teoría ha sufrido al pretender interpolarse en las legislaciones occidentales que se inspiran en esa tradición. Así, por ejemplo,
pese a la reiterada profesión de fe que, en favor de ella, determinó el socialismo fascista durante la revisión del Código Civil italiano de 1865, lo cierto es que el de 1942, fruto de tal revisión, ratificó sin deformaciones sensibles la teoría clásica de la prevalencia de la voluntad real .

104. C) LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD. Esta teoría fue formulada po, IHERING en una época en que el dogma de la prevalencia de la voluntad rea sobre la declaración reinaba de manera absoluta e indiscutida en la doctrin~ de los civilistas. De ahí que el propósito de su autor no fuera, como 10 ha! pretendido algunos de sus intérpretes, el de modificar las consecuencia~ principales de dicho dogma, es decir, las relativasa la ineficacia de los actos jUrt
dicos carentes de dicha voluntad real y de aquellos otros en que se presentar;, grave discrepancia entre esta y su manifestación, sino que apenas se limitÓ a enfocar otro aspecto secundario del problema, cual es el de la protección de la buena fe de los destinatarios de la declaración, ofreciendo como solución del problema la indemnización de los perjuicios sufridos por aquello~ a consecuencia de la declaración de ineficacia de tales actos.

Así, partiendo del supuesto, entonces indiscutido, de que el acto jurídico en que falte la voluntad real de los agentes, o en que la declaración sea contraria a dicha voluntad, está condenado a la ineficacia, principio que protege a los agentes, IHERING consideró adicionalmente la necesidad de deducir la responsabilidad civil en que estos hubieran podido incurrir, por dolo o culpa, frente a los demás interesados en el mantenimiento de dicho acto.

Según el desarrollo de esta teoría, toda persona que interviene en la celebración de un acto jurídico, por este solo hecho, les garantiza a los demás interesados la eficacia y validez de dicho acto. Por 10 tanto, si estas no se dan, porque tal persona ha actuado en el proceso de la formación del acto (in contrahendo) de manera dolosa o cu1posa, debe indemnizar los perjuicios que ocasione con su conducta ilícita, y esto por aplicación del máximo postulado que gobierna la responsabilidad civil, conforme al cual "nadie debe sufrir perjuicio por culpa ajena" (nemo ex alteria culPa praegravari debet).

Pero, como ya quedó dicho, en algún momento posterior a su formulación, la teoría de {a responsabilidad o culPa in contrahendo de IHERING fue adulterada y comenzó a ser utilizada como un refuerzo de la tesis de la prevalencia de la declaración sobre la voluntad. A partir de entonces, algunos sostienen que los destinatarios de una declaración, susceptible de configurar un acto jurídico, naturalmente confían en la "auto-responsabilidad" de los agentes y que, por tanto, para no burlar esa confianza, tal declaración y sus efectos deben ser mantenidos, para sancionar así el dolo o culpa en que dichos agentes hayan incurrido. Como se ve; esta nueva versión de la responsabilidad in contrahendo ya no se limita a proteger a los destinatarios del acto que deviene ineficaz por falta de voluntad real, otorgándoles el derecho a ser indemnizados, sino que, por el contrario, pretende prestarles dicha

protección negando esa ineficacia del acto, lo que ya no se compadece con el pensamiento del autor de la teoria'.

105. D) LA TEORÍA DE LA BUENA FE. Es una combinación ecléctica de las teorías principales que contraponen la voluntad y la declaración. Como ya sabemOs, la última de estas, con fundamento en razonamientos de diversa índole, sostiene dogmáticamente el predominio de la declaración sobre la
voluntad real. La variante que exponemos aquí considera que el principal argumento en pro de dicha teoría de la prevalencia de la declaración se funda en la confianza y en la buena fe de los destinatarios de la declaración, quienes naruralmente deben atenerse a esta por ser lo notorio y ostensible, y porque creneralmente ellos no conocen la real intención de los agentes; pero si faltan los presupuestos de confianza y buena fe, tal teoría de la declaración debe ser descartada. De este planteamiento se concluye que los' partidarios de la tesis adoptan una actitud intermedia: para ellos, la declaración que no corresponda a la voluntad real de los agentes, en principio debe ser mantenida,
porque la buena fe de los destinatarios de ella debe presumirse. Y por el contrario, si se demuestra que estos sí conocían la falta de la voluntad o su desacuerdo con la declaración, esta última debe ser descartada, o sea, condenada a la ineficacia.

106. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Acorde con la tradición romana, española y francesa, nuestro Código Civil consagra la teoría de la prevalencia de la voluntad. La demostración de dicho aserto no requiere el recuento pormenorizado de las numerosas disposiciones de dicha obra que destacan el papel primordial que, en contratos, convenciones y, en general, en los actos jurídicos de toda especie, desempeñan

los factores anímicos que en ellos intervienen, tales como la aptitud natural o discernimiento, la voluntad o consentimiento, la intención, los móviles determinantes, etc. Para ello basta el solo análisis del art. 1502 que, al formular la enumeración de los requisitos para la existencia y la validez de los actos jurídicos en general, resume todo el sistema desarrollado por aquellas disposiciones y que, repe
timos, es el de la prevalencia de la voluntad real de los agentes. Reza textualmente el mencionado artículo: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1°) que sea legalmente capaz; 2°) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3°) que recaiga sobre un objeto lícito; 4°) que tenga una causa lícita".

Pues bien, a poco que se fije la atención en el' texto legal trascrito hay que concluir inexorablemente que este, a la vez que condena expresamente la teoría de la prevalencia de la declaración, consagra, en la misma forma, la de la primacía de la voluntad. En primer lugar, porque e! texto comienza diciendo: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1 Q ..., 2Q .." 3Q ..., 4Q ...". Es, pues, evidente que e! solo acto (aparente) o declaración no es suficiente para que se produzcan los efectos propios de los actos jurídicos. Además, es necesario que a dicha declaración se unan los otros requisitos que e! texto enumera. Contrario a esta evidencia sería, pues, e! intento de trasladar a nuestra doctrina la idea extraña de que la sola declaración, una vez formulada, cobra vida propia e independiente de la voluntad que la determina.
En segundo lugar, como entre los requisitos legales enumerados la mayoría toca directamente con los aspectos sicológicos de la actuación jurídica, la exigencia de ellos implica indiscu-

tiblemente la consagración expresa de la teoría de la prevalencia de la voluntad, ya que, como lo sabemos, esta estriba cabalmente en la importancia que se les atribuye a tales aspectos. En efecto, e! numeral segundo del comentado texto requiere expresamente la existencia del consentimiento y que este' sea sano para que la declaración pueda ser eficaz. Por consiguiente, si e! agente a quien dicha declaración se atribuye no ha consentido en ella, no hay acto que le sea imputable. Quiere esto decir que lo que le da vida verdadera a la declaración o apariencia externa de un acto es su contenido anímico, o sea, la voluntad real de los agentes. Además, la exigencia de que esta voluntad o consentimiento seasano, implica la necesidad de valorar e! iter sicológico o interno de la actuación para determinar si este se ha desarrollado normalmente o si, por e! contrario, registra interferencias de factores extraños, como e! error, e! dolo o la fuerza, valoración que permite decidir si tal actuación alcanzó o no e! grado suficiente de libertad y de consciencia requerido por la ley.

. En el mismo orden de ideas, el numeral primero del artículo comentado requiere la capacidad legal de los agentes, y, como ya lo sabemos, este requisito, en la mayoría de los casos, se endereza a excluir de! comercio
jurídico a las personas que, por deficiencias sico-físicas, no se reputan aptas para realizar un acto volitivo normal. De suerte que la exigencia mencionada también impone, ordinariamente y de acuerdo con la teoría de la prevalencia de la voluntad, la necesidad de traspasar la apariencia de los actos jurídicos, vale decir, la declaración y de ponderar factores sicológicos. Además, el numeral cuarto del artículo exige la causa lícita (que también debe ser real)lO. Y, como "se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato")), esta otra exigencia también implica la ponderación de elementos

eminentemente subjetivos, como lo son esos móviles determinantes de la voluntad.

Redondea el sistema esbozado e! arto 1618 de la obra que se cita, pues que, al sentar la regla de que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", ratifica con énfasis la tesis de que nuestra legislación indiscutiblemente consagra la prevalencia de la voluntad real de los agentes sobre la expresión material de ella.

107. LA PROTECCIÓN DE LA BUENA FE. La adopción por nuestro Código de
la teoría de la prevalencia de la voluntad real y de todas sus consecuencias, en lo tocante a la ineficacia de los actos jurídicos cuya apariencia o manifestación externa no corresponda a esa voluntad, no significa que dicha obra hubiera dejado en injusto desamparo a los destinatarios de aquella manifestación. Por el contrario, aun anticipándose a las soluciones propuestas por la doctrina y adoptadas por legislaciones posteriores, expresamente estableció medidas que, conjugando la buena fe y la responsabilidad de los interesados, dc:jan a salvo los derechos de tales destinatarios:
a) Los agentes, protegidos con la ineficacia de! acto realmente no consentido por ellos, no están exentos de responsabilidad cuando tal consecuencia se produce a causa de haber observado una conducta dolosa o,culposa en el proceso de la formación de dicho acto (in contrahendo). El máximo postulado de todo e! derecho y piedra angular de la convivencia social es e! de no perjudicar a nadie (neminem laedere), que se traduce en el establecimiento de una obligación general a cargo de todo e! mundo de observar siempre una conducta honesta, diligente y cuidadosa, Y la violación de esta obliga-

ción general da lugar a la responsabilidad de! infractor, quien queda sl~jeto a la indemnización de los perjuicios irrogados a otros. Tal es lo que
reza e! arto 2341 del Código Civil, a cuyo tenor: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daÜo a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito
cometido".

La tesis ¿le la responsabilidad o culPa in contrahendo, formulada por IHERING, es aplicación concreta de esta institución que, repetimos, tiene alcance generaL Quien interviene en la celebración de un acto jurídico debe obrar (in contrahendo) con la hones tidad, la diligencia y el cuidado necesarios para que los otros interesados no sufran perjuicios. Por tanto, si estos se pro
ducen porque el acto deviene inválido o ineficaz a consecuencia de! dolo o de la culpa de uno de los partícipes, este incurre en la obligación de indemnizartales perjuicios.
De lo anteriormente dicho se concluye que la aplicación de la res/Jansabilidad o culPa in contrahendo no requeriría su declaración legal concreta. Sin embargo, el arto 1512 de nuestro Código la contempla exp~es~cntcReza dicho artículo: "El error acerca.de la persona con quien s: tlcnc.mtcnción de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consldcraaón de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero ~n este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato"12.
b) Incurriendo en incoherencia, determinada por la deficiencia doctrinaria de la época, el Código establece una solución diferente para caso análogo al de error acerca de la persona,

cual es el del error en los móviles determinantes, o sea, de la falsa causa de los actos jurídicos. En este caso, la rescisión o anulación del acto viciado solamente procede cuando esos móviles determinantes afectados por el error han sido conocidos por los otros partícipes en la celebración del acto.
Esta solución, que es la general en el sistema jurisprudencial francés y la acogida con el mismo alcance por nuestra Corte Suprema de Justicia 1\ también está expresamente consagrada por el Código Civil en el caso concreto del error acerca de las calidades accidentales del objeto14. Cuenta ella, además, con sólidos fundamentos racionales y jurídicos. En efecto, los móviles o motivos que entran en juego en los actos voluntarios son eminentemente subjetivos y, de ordinario, muy variados: unos serán serios y otros frívolos; unos lícitos y acordes con la moral, otros legal o éticamente condenables, etc. Por lo tanto, para que tales móviles puedan ser objeto de valoración jurídica, ante todo tienen que incorporarse realmente al acto respectivo, repercutiendo en su celebración. Con otras palabras: entre los múltiples móviles que pueden intervenir en la etapa intelectiva-racional del iter sicológico del acto, existen algunos que no alcanzan a influir en el desarrollo de tal proceso: son indiferentes al paso que otros sí pesan decisivamente en la intención resultante: la determinan y, por esto, son los que le interesan al derecho.

Como es obvio, para poder realizar esta selección entre los móviltis es indispensable que ellos trasciendan del fuero interno; que se exteriorisen, bien sea porque el agente los declare al producir su manifestación de voluntad, o bien sea porque, antes de tal manifestación, de cualquier manera se hagan conocidos. Es, pues, razonable y conforme a la metodología jurídica, que se desinteresa de los fenómenos que no alcanzan resonancia en la vida social, como los hechos sico-

lógicos ocultos, la exigencia de que los móviles determinantes de la voluntad sean, a lo menos, conocidos de los destinatarios de la manifestación de esta. De tal suerte, el comentado requisito viene a proteger, de contera, la buena fe de los partícipes en la celebración 11 de los actos jurídicos, cuando ellos ignoran, por ser ocultos, los móviles o motivos que animan la intención de los otros agentes15.

I Recuérdense, si no, ciertos textos lapidarios: "Quid aliud dicit quarn V1llt, neque id dicit quod vox significat quia non vult, neque id quod vult quia id non loquit'Ur" (PAULO, fr. 3, Digesto, De reb. dub., 34); "Prior atque potentior est quan vox rnens dicentis" (TUBERON~:, fr. 7, par. 2, Digesto, De suPlet. leg., 33, 10); "Nullurn esse contracturn, nullarn obligationern quae non habeat in se con ventionern" (PEDIO, fr. 1, par. 3, Digesto, De pact., 2, 4).

2 Véanse núms. 12 y ss., supra.

3 Así, para el racionalismo, este principio implica la afirmación errónea de que la voluntad individual, supuesta causa de la propia sociedad y de todas sus instituciones, constituye, con mayor razón, la fuente suprema y única de LOdos los efectos que los actos jurídicos privados están llamados a producir, en forma tal que entre estos y aquella debe existir vinculación causal concreta e indisoluble. Declarado está ya que nosotros rechazamos estas tesis extremas del racionalismo: negamos que un simple hecho sico-físico pueda pretender eficacia distinta de la que reconocen las normas jurídicas, como tampoco aceptamos que la voluntad de los agentes sea causa única o fuerza creadora de dichos efectos, porque los acLOS jurídicos, de 01"dinario, producen consecuencias

legales ajenas a la intención concreta de los agentes y que hasta escapan a la previsión de ellos. (Véase núm. 30, supra).
4 EMILIO BE1TI, Teoría general del negocio jurídico, Madrid, Edil. Revista deDerecho Privado, 1968, cap. n, núm. 3, pago 57: "En realidad, la voluntad como hecho síquico interno se ha
determinado ya antes; se agota, como hemos dicho, con la declaración o el comportamiento, y en ellos queda absorbida. Por el contrario, el precepto de autonomía privada surge por
pnmera vez con la declaración y con el comportamiento, y, desde entonces, alcanza existencia como entidad duradera, exterior y desprendida de la persona del autor. Opera para el futuro
"IVlendo su propia vida, independientemente de la voluntad que lo ha engendrado y, acaso, Oponiéndose" .
,. BEITI, ob. cit.., cap. n. núm. 3, pág. 63: "En este sentido no es ya contradictorio admitir la posibilidad de declaraciones no queridas en su contenido y significado preceptivo, con tal que este sea, de otra manera, imputable a quien ha emitido aquellas, si no a título de voluntad, a título de autorresponsabilidad, porque se hallaba en situación de darse cuenta de ello. Mientras que, respecto a una "voluntad" (declarada), debemos exclusivamente preocuparnos de saber qué cosa pensase y entendiese aquel que quiere"; respecto a un precepto formulado frente a otros, se debe, en cambio, atender sobre todo a la impresión que en estos otros es capaz de suscitar".
1; Ni siquiera en Alemania, patria de los más decididos apóstoles de esta teoría, se ha logrado avance apreciable en su establecimiento legal, pues e! Código Civil de dicho país,
I apartándose del pensamiento de algunos de sus redactores, consagró expresamente la teoría de la prevalencia de la voluntad privada, como lo demuestran, entre otros, los arts. 1281 y1282 de dicha obra. (Cfr. A. Van TUHR, Obliga-

cionl!.l, t. 1, i\fadrid, 1934, pág 194). SALEILLES considera, con apoyo en los citados textos y en los arts. 116, 133 Y 135 de dicha obra, que esta adoptó una posición mixta entre las dos tesis extremas. (De la déclaration de volonté, Paris, 1923, págs. 2 y 3).

7 JUW:N BONNEC.¡\SE, Précis de droit civil, t. 1, Paris, 1939, núms. 97 y ss.: .. ...Esta concepción, que se concilia con la elaboración de la ley, porque esta no implica una voluntad verdade
ramente sicológica y dotada de unidad, queda excluida por la noción misma del acto jurídico.

Si uno quiere ser verdaderamente realista y no negar la claridad del día, tiene que ver en el ,acto jurídico la resultante de un elemento sicológico que se llama la voluntad... Si la libertad
Ide realizar actos jurídicos esta reconocida por la ley (solamente puede estar limitada.,. pero no desconocida), la noción de! acto jurídico está ligada irremediablemente a la de la voluntad...

Sería sobrepasar e! formalismo romano el rehusar en nuestra época a la voluntad el derecho y el poder de asignar a un acto jurídico su contenido y querer arraigado arbitrariamente en
las expresiones que lo traducen malo bien... Esta es la razón por la cual la investigación de la voluntad privada siempre se ha considerado como algo que se impone en el derecho francés".

"Cfr. GIUSEI'I'E STOLFI, Teoria del negocio jurídico, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1959, nÍlm. 36, y en contra BEITI ob. cit., cap. 1, núm. 3. Ante esta discrepancia entre dos civilistas italianos, como los nombrados, conviene advertir que STOI.FI funda sus conclusiones en pro de la prevalencia de la voluntad real en los textos del Código que consagran las soluciones clásicas latinas en punto de la inca-

pacidad legal por falta de discernimiento, de los vicios de! Lonsentimiento, ete., y que, en su sentir -como en el nuestro-, se oponen a la tesis de la prevalencia de la simple declaración. BETII llega a la conclusión contraria
apoyándose también en los mismos textos, pero con argumentación que no resiste análisis.
SOstiene él que el mencionado Código consagra la teoría del predominio de la declaración, porque al tratar la falta de la voluntad, los vicios de esta, etc., no establece como sanción
consiguiente la nulidad de pleno derecho, sino la anulabalidad del acto a instancia de interesado, lo que demostraría, en el sentir del autor que el acto produciría efectos por vinud de la sola declaración, mientras no sobrevenga la anulación del acto. Este raciocinio, carente de solidez. a nuestro ver, prueba lo contrario: si un ordenamiento positivo autoriza la anulación de un acto, porque se establezca a posteriori que a este le falta una voluntad real, porque el agente carece de discernimiento, o porque dicha voluntad está viciada, tal ordenamiento está predicando a las claras que la sola declaración o acto aparente no basta a fundar la eficacia de semejante acto.
Como autor de esta nueva versión y adulteración de la mencionada teoría se sindica ROSMlNI, quien en su Filosofía del derecho expuso lo siguiente: "Si falta el consentimiento
II1terno, sin voluntad ni malicia, el contrato es nulo; si falta con voluntad y malicia y externamente se demuestra así, el contrato debe mantenerse" (cita de STOLFI. ob. cit., pág. 132,
nÚm. 3). BETII habla también de la auto-responsabilidad de los agentes en este mismo sentido. (Véase nota 5).
11 Código Civil, art. 1524. 11 Ibídem, art. cit.
I~ Este texto legal, redactado por el señor BELLO y que, se repite, es una aplicación particular del principio general consagrado en el art. 2341, contiene, por lo tanto, una clara

formulación de la teoría de la culPa in contrahendo, por primera vez propuesta por IHERING en la misma época y que hoy tiene indiscutida aceptación en la doctrina moderna.

11 Casación, "G.J.", t. XLVII, núm. 1941, pág. 152. 14 Código Civil, art. 1511, inc., 2Q.

15 BETII sostiene que este requisito, también exigido por el Código Civil italiano respecto del error en los móviles determinantes, confirma su tesis de que dicho Código consagra la teoría de la prevalencia de la declaración (ob. cit., núm. 3). Pero este nuevo argumento también demuestra precisamente lo contrario, o sea, la primacía que s(~ le atribuye a la voluntad real. En efecto, ya sabemos que la teoría de la declaración COnsisle, ni más ni menos, que en afirmar que esta, una vez formulada, cobra vida propia y se independiza de la voluntad sicológica de los agentes, en forma tal que no puede ser invalidada fl mnsecuencia
de investigaciones ulteriores relativas a esa voluntad. Por consiguiente, si la ley italiana requiere que los móviles determinantes de los agentes sean conocidos o declarados y el cumplimiento de este requisito permite la invalidación del acto cuando, en virtud de una investigación a posteriori, se compruebe que tales móviles son falsos o erróneos, es más que evidente que la referida ley consagra la teoría de la prevalencia de la voluntad real.

CAPÍTULO III

LA SIMULACIÓN

l. Concepto. Grados. Características

108. CONCEPTO. Esta figura específica de la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo), consiste en el con cierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero.

109. Los GRADOS DE SIMULACIÓN. En el preindicado concepto de la simulación quedan insinuados los diversos grados que puede revestir: a) la simulación absoluta, y b) la simulación relativa.
110. a) LA SIMULACIÓN ABSOLUTA. El concierto simulatorio entre los partícipes se endereza a crear la apariencia engañosa de un negocio vacuo, sin contenido real, ya que en la intención de los partícipes está llamado a no producir entre ellos ninguno de los efectos jurídicos simulados. Ejemplos típicos de esta modalidad son: el de las ventas de Confianza, como la que el deudor le
hace a otro para disminuir sus activos patrimoniales, sustrayendo de la persecución de sus acreedores el bien o bienes materia del negocio ficticio; y el de la suposición de deudas que aumenten el pasivoiy a,sí desmejoren la posición que en el concurso de acreedores tendrían qtiierles lo son en verdad.

111. b) LA SIMULACIÓN RELATIV A. Por contraposición a la figura antedicha se ofrecen varias formas en que la simulación es relativa, ya que en estas sí existe algún contenido

negocial, aunque ocultado o disimulado tras una falsa declaración pública, bien sea respecto de la naturaleza o las condiciones de
dicho contenido, o bien respecto de la identidad de los verdaderos partícipes en el negocio.

.

112. 1) LA SIMULACIÓN EN CUANTO A U\S CONDICIONES DEL NEGOCIO. La declaración que los partícipes hacen para el público no es ficticia, corresponde a un negocio realmente convenido, pero las condiciones de este se adulteran en aquella con fines diversos, v. gr., cuando el precio de la compraventa se
disminuye para eludir el pago de impuestos que serían más gravosos de declararse el precio verdadero.

113. 2) LA SIMULACIÓN EN CUANTO A LA NATURALEZA DEL NEGOCIO. Los partícipes acuerdan celebrar cierta convención; pero, por cualquier razón, deciden disfrazarla con el ropaje propio de otro negocIO dIstmto. ASI, a la donación se le da la forma aparente de una compraventa, o el mutuo prendario se camufla con el disfraz de una compraventa con pacto de retroventa.

114.3) LA SIMULACIÓN EN CUANTO A LA IDENTIDAD DE LAS PARTES. En fin, la declaración pública acerca de la naturaleza del negocio y de sus condiciones corresponde a una intención real; pero, de ordinario, para eludir prohibiciones legales tocantes con la capacidad de las partes, se recurre a un operación triangular, mediante la interposición de un testaferro u hombre de paja, quien, sin tener interés en el negocio, se presta a desviar los efectos de este, primeramente hacia sí, para luego trasladárselos, mediante otro acto, a quien verdaderamente está llamado a recibirlos. Así, estan-

do legalmente vedada la compraventa entre cónyuges no divorciados o entre padres e hijos de familia, se pretende eludir la nulidad consecuencial, desdoblando la intención real por medio de dos actos, en los cuales el testaferro actúa públicamente como parte en ellos, cuando en verdad su papel es el de simplepuente de enlace entre las partes reales.

A este último propósito es importante precisar, según ya lo ha hecho nuestra Corte Suprema, la distinción entre dos situaciones distintas, en las cuales la interposición de persona puede implicar. o no un caso de simulación. Si existe connivencia entre las partes verdaderas y el testaferro para ocultar la identidad de una de aquellas, hay simulación; pero si la operación obedece a un acuerdo oculto entre el contratante secreto y su interpósito, sin que el otro contratante haya participado en el ocultamiento de aquel, no hay simulación.

En el primer caso, como cuando uno de los cónyuges no divorciados dice venderle al testaferro para que este, a su turno, le trasfiera la cosa vendida al otro cónyuge, al desdoblarse la operación en dos actos con el consentimiento de las tres personas implicadas, hay una simulación que afecta, por igual, a ambas ventas. Así, establecida la simulación, los derechos y las obligaciones emanados del contrato se radican entre los cónyuges, sin perjuicio de que dicho contrato pueda ser invalidado por estar legalmente prohibido. En el segundo caso, cuando el interpósito compra en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo de otro que no desea figurar, mientras el vendedor no se haya prestado al ocultamiento de su verdadero comprador, no se configura la simulación: existen dos actos reales, cada uno de los cuales produce sus efectos propios. Hay una compraventa real y efectiva entre el vendedor y el interpósito, y un mandato entre este y quien le ha enco-

mendado la gestión de comprar, mandato que le impone al primero las obligaciones del mandatario, tales como las de traspasarle al mandante los beneficios del Contrato celebrado por su cuenta, la de rendirle cuentas de la gestión, ete., y, a la inversa, el mandan te debe rembolsarIe al mandatario las expensas hechas por este én cumplimiento de su encargo, pagatle la remuneración convenida o la usual, etc. I .

115. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA SIMULACIÓN. Son estas, a saber: a) la divergencia entre la voluntad real y su manifestación o declaración pública; b) el concierto simulatorio entre los partícipes, y c) el propósito cumplido por estos de engañar a terceros.

116. a) LA DIVERGENCIA ENTRE LA VOLUNTAD Y SU DECLARACIÓN PÚBLICA. En la simulación absoluta, en la cual los agentes crean una ficción deliberadamente desprovista de toda eficacia entre ellos, así en las llamadas ventas de confianza o ficticias, como la que el deudor le hace a su paniaguado para burlar a sus acreedores, y también en la simulación relativa, en la cual el acto real se recubre con un ropaje que no le corresponde, como en la donación disfrazada de compraventa, o en la compraventa real que ostenta condiciones distintas de las estipuladas, o en la interposición de un testaferro, para que la simulación se configure es requisito esencial que la declaración pública difiera de la voluntad real de los agentes, que es la llamada a regular sus relaciones.

117. b) EL CONCIERTO SIMULATORIO. Aunque se presente una discrepancia entre la declaración pública de los agentes y la voluntad real de estos o de cualquiera de ellos,

tampoco se estructura la simulación si dichos agentes no han celebrado un acuerdo privado, previo o coetáneo de la declaración pública y encaminado, bien sea a privar a esta de todo efecto jurídico, o bien a modificar su naturaleza o sus condiciones, o bien a desviar la eficacia del acto por conducto del interpósito o testaferro. Con otras palabras: la simulación presupone siempre la connivencia entre quienes han participado en ella.
Por la razón últimamente expuesta, es decir, por faltar la confabulación entre los agentes, la figura de la simulación queda descartada en los casos de reserva mental, como cuando uno de los agentes, con el fin de hacerle una donación a un tercero y sin participárselo a su co-contratante, estipula en favor de dicho tercero la trasferencia del bien comparad02.

Desde luego, en el lenguaje corriente la reserva mental implica una si"mulación, o más exactamente, una disimulación de la verdadera intención
~
de quien la comete. Pero, entonces, no se ofrece un engaño al público, por
que esa intención real no se manifiesta media~1t~ una declaració? oculta
dirigida a la otra parte y de que esta tenga conOCImIento. En otros terminas: solo hay una declaración de la voluntad del reservista frente a todo el mundo, inclusive a quien con él contrata y, por esta razón, la discordancia entre la declaración Y la real intención de dicho reservista es insondable, imposible de establecer, ya que no ha trascendido del fuero interno a la vida social que es el campo propio de la valoración jurídica. De aquí el aforismo clasico según el cual el propósito retenido en la mente es inoperante (propositum in mente retento non operatur). Por el contrario, en la simulación

jurídicamente valorable, al enfrentarse la declaración fingida por los agentes ante el público y la que traduce su real voluntad, esta contraposición de dos hechos tangibles sí suscita el pro~lema de determinar cual de los dos debe prevalecer.

Dentro del mismo orden de ideas, tampoco se puede configurar la simulación en losactos uniPersonales, en los que, por definición, hay un agente único y, por ende, una voluntad y una declaración únicas. Pero, claro está que si el acto unipersonal se endereza a formar una convención con su destinatario, como la oferta de contratar que requiere la aceptación de dicho destinatario, si el oferente y este último se confabulan para disimular su verdadero contrato, entonces ya no se trata del simple acto unipersonal, sino de una verdadera convención manchada por el simulacr03.

118. c) EL ENGAÑO A TERCEROS. En fin, si simular es aparentar lo que no es, carece de sentido calificar de simulada una actuación que nada oculta a nadie. Así, no habría simulación cuando los agentes, caso insólito, declarasen públicamente celebrar un acto jurídico y simultáneamente manifestasen del mismo modo su. voluntad de restarle toda eficacia o revelasen su propósito de encubrir un acto distinto. Y tampoco habría simulación cuando dichos agentes, después de ¡;=elebrado un contrato real, resolviesen revocarlo posteriormente (mutuo d~sef\so). Mientras no exista el propósito de engañar a los terceros o si este engilño; no se realiza, la actuación coptradictoria de los agentes nada simula ni disimula.

II. La calificación de la simulación

119. LA CALIFICACIÓN ÉTICA. Es claro que el empleo de esta figura, en cualquiera de sus formas antes descritas, debería siempre ser sospechoso de fraude, porque no es normal

que los particulares, al obrar como delegatarios del legislador en la regulación de las relaciones sociales, con plena conciencia engañen a los terceros. El engaño se opone a la sinceridad que debe ser el espíritu de toda norma jurídica, general como lo es la ley, o particular como lo es el contrato. Por tal razón el derecho intermedio europeo, en principio, reputó que la simulación implica un fraude y, por ende, es ilícita4.

Sin embargo, la doctrina moderna ha regresado al respecto a la concepción romana individualista, según la cual, por cuanto la simulación puede obedecer a móviles inocentes y aun respetables, como, por ejemplo, cuando el benefactor, por modestia o discreción, quiere ocultar su acto generoso o cuando el comerciante quiere evitar la divulgación de sus negocios, dicha figura no es necesariamente fraudulenta ni, por tanto, condenable moral o
jurídicamente5. De esta suerte, la doctrina moderna admite que la simulación puede estar determinada por propósitos fraudulentos, por el ánimo de burlar la ley o los derechos ajenos. Los partícipes se confabulan para que uno de ellos pueda eludir el derecho de persecución que sobre sus bienes tienen sus acreedores, o el derecho del cónyuge en la sociedad conyugal, o la participación sucesoral de los asignatarios forzosos, o las prohibiciones legales tocantes con ciertos actos, como la compraventa entre cónyuges no divorciados o entre padres e hijos de familia, o el régimen fiscal pertinente, o los requisitos legales de ciertos actos, como las formalidades que tutelan la incapacidad de los agentes, o la insinuaciónjudicial de las do naciones cuantiosas, o los procedimientos regulares para hacer valer los derechos de garantía, tales la hipoteca o la prenda, etc. En tales casos y en otros similares, aunque la simulación indudablemente se utilice para consumar un fraude, la mencionada doctrina ha concluido, según ya quedó dicho, que lo censurable no es la simulación

en sí misma sino el acto fraudulento disimulado, el cual debe ser atacado mediante el ejercicio de las acciones de nulidad pertinentes que son distintas de la acción de simulación. O dicho en otra forma: esta última acción se endereza exclusivamente a establecer la maquinación simulatoria, y aquellas otras a impugnar el acto encubierto, si es ¡que este no reúne los re
quisitos legales para su validez.

120. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. A través del dilatado y vacilante proceso de elaboración doctrinaria y jurisprudencial, que se inicia en el derecho romano o, mejor, en la interpretación posterior de este sistema, aún no se ha logrado un consenso unánime acerca de la naturaleza jurídica de la simulación ni de la disciplina específica que debe asignársele. Varias teorías se han formulado al respecto, las principales de las cuales son, a saber: a) la de la simulación - nulidad; b) la dualista francesa de la simulación - prevalencia entre dos actos jurídicos; c) la monista, de origen principalmente alemán, que se presenta como una reva~uación de la antedicha. Finalmente, dadas las fallas que denotan las mencIOnadas teonas, la figura comIenza a ser investigada a la luz de la lógica jurídica.

121. a) LA TEORíA DE LA SIMULACIÓN - NULIDAD. Durante el ya mencionado período del derecho inter~ed~o, europeo se conside.ró que la simulación, a lo menos la absoluta, constItmna una causal de nuhdad, ya que, se repite,
dicha figura se tildó de fraudulenta, a lo que se agregó que en ella faltarían dos requisitos indispensables en todo acto jurídico: el consentimiento y la causa. Inclusive legislaciones modernas, como el Código Civil italiano de 1942, y autores

recientes sustentan esta teoría, apoyándose principalmente en argumentos como los que se acaban de exponerlj.

En el derecho colombiano, en el cual, lo mismo que en la mayoría de los sistemas latinos, la simulación ha sido una construcción doctrinaria y jurisprudencial, a falta de una reglamentación positiva, la Corte Suprema y los tratadistas también acogieron la tesis comentada hasta el año de 1935 en que fue superada. Así, refiriéndose a las ventas de confianza, dicha corporación dictaminaba hasta aquel año que, aunque nuestro Código Civil no contiene disposición especial que erija la simulación en motivo de nulidad, los principios generales impondrían esta sanción en el grado de nulidad absoluta. "Si en el contrato de compraventa las partes declaran una farsa, porque no hubo precio ni intención de trasferir el dominio con el fin de peIjudicar a un tercero, es claro que este contrato carece de causa y de consentimiento por faltar los elementos que lo constituyen e integran; esto es nulo por simulación"7.

122. CRITICA DE LA TEORÍA. Numerosos reparos merece la teoría de la simulación - nulidad, especialmente en lo que toca con nuestro ordenamiento legal.

Cierto es que nuestro Código Civil, a diferencia de otros que han reglamentado la simulación, no estatuye que esta sea una causal de nulidad, lo que ya de por sí excluye tal sanción, por ser esta de interpretación y aplicación restrictivas. Igualmente, es inexacto decir que, conforme a los principios generales que informan dicha obra legislativa la falta de cualquier requisito de un acto jurídico genere la nulidad de este, afirmación que implica la confusión, en que también incurrió la Corte, entre los requisitos para la existencia y los requisitos para la validez de los actos jurídicos8. En efecto, a imitación de su modelo francés, nuestro Código enumera indiscrimina-

damente y en forma incompleta estas dos clases de requisitos. Pero del contexto de varias otras de sus disposiciones surge con claridad meridiana la distinción entre ellos.

El arto 1502 enumera, como requisitos generales, la capacidad legal, el consentimiento sano, el objeto lícito y la causa lícita, y omite la forma solemne y la ausencia de lesión que también tienen el mismo carácter. De otro lado, el Código se cuida de puntualizar cuáles de tales requisitos 10 son para el valor o validez del acto, por ello sancionados con la nulidad del mismo. Así el arto 1741, que desarrolla el 1740, sanciona con la nulidad absoluta el objeto y la causa ilícitos, la omisión de algÚn requisito o formalidad exigido para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos y la incapacidad absoluta de los agentes. La falta de otros requisitos para el valor, cuales serían la incapacidad relativa de los agentes, los vicios de la voluntad y la lesión enorme cuando esta es dirimente, están allí mismo sancionados con la nulidad relativa.

Frente a tan diáfana enunciación de los citados arts. 1740 y 1741, cabe indagar cual es la posición del Código respecto, no ya de la ilicitud del objeto o de la causa, sino de la ausencia misma del objeto o de la causa; no ya de la insanidad del consentimiento, sino de la falta de este; no ya de la falta de algÚn requisito de la forma solemne, sino de la inobservancia de esta en su integridad. Pues bien, la respuesta la dan otros textos. El arto 1501 clasifica los elementos que son de la esencia de los actos jurídicos (essentialia negotii), los que son de su naturaleza (naturalia negotii) y los que son accidentales (accidentalia negotii). Al referirse a los primeros dice que son aquellos sin los cuales el acto, o no produce efecto alguno, o degenera en otro acto diferente. En vista de este texto, a nadie se le ocurrirá que pueda existir un acto jurídico sin voluntad o consentimiento, o sin objeto; o sin la forma prescrita por la

ley ad solemnitatem, supuesto este último en que, conforme al arto 1500, el acto no se perfecciona ni produce efecto civil alguno; o sin causa, definida por el arto 1524 como "el motivo que induce al acto o contrato", pues no puede concebirse ningÚn acto humano ni jurídico que carezca de móviles o motivos determinantes de su realización. No puede entonces afirmarse, segÚn lo hizo la Corte Suprema, que nuestro Código Civil hubiese ignorado la inexistencia de los actos jurídicos y que la hubiese asimilado a la nulidad, establecida Únicamente respecto a la falta de los requisitos para el valor de aquellos!).

En segundo lugar, la comentada teoría también confunde la falta de la voluntad o consentimiento y de la causa con la falta del objeto. En la simulación siempre hay un acuerdo de voluntades entre los agentes, un consentimiento deliberado; pero si este acuerdo, cual ocurre en la simulación absoluta, descarta totalmente la eficacia jurídica del acto aparentado, entonces 10 que falta no es el consenti;"'iento a que se refiere el ordinal 2Q del arto 1502, ni lacausade que trata el ordinal4Q, ibídem, sino elobjeto separadamen le relacionado en el ordinal3Q, ibídem. De esta suerte, la venta de confianza, 'obre la cuál cabalga la Corte, no es ineficaz por la ausencia de un acuerdo
~onstitUtivo de consentimiento, sino porque este no persigue un objeto
jurídico; por el contrario, 10 descarta, privando así al acto de uno de los
elementos esenciales para su existencia como acto jurídico. En el mismo orden de ideas, la simulación nunca carece de causa, o sea, de un motivo que induzca a fraguarla y consumarla. Lo que ocurre a este Último respecto es que la Corte había prohijado, a la sazón, la empírica teoría inventada por DOMAT, segun la cual en los contratos bilaterales la causa

de las obligaciones de una de las partes estaría constituida por las obligaciones a cargo de la otra parte. .-\sÍ, en la compraventa de confianza faltaría la causa porque la obligación del \'endedor de hacer tradición de la cosa vendida carecería de la necesaria contraprestación de pagar el precio a cargo del comprador, 10 que en el sentir del nombrado autor generaría la nulidad del contrato. Pero esta teoría, también ya superada por la Corte, obedece igualmente a la confusión entre la causa que, se repite, conforme al arto 1524 está constituida por el motivo que induce a la celebración del acto o contrato y el objeto que es elemento distinto de esta. Con otras palabras: si en la venta de confianza falta la obligación del vendedor de hacer tradición de la cosa vendida, o la del comprador de pagar el precio, o ambas, 10 que falta es el objeto propio de una compraventa, por 10 cual esta es inexistente y, siéndolo, resulta falso e inútil agregar que tal acto también es nulo por ausencia de la causalO.

En fin, donde mayormente resalta la inconsistencia de la teoría de la simulación-nulidad es precisamente en el campo de los efectos respecto de los terceros a que da lugar la simulación y que son los opuestos a los que apareja la nulidad. En esta, la invalidación del acto no solo destruye su eficacia entre las partes, las cuales deben ser restituidas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto o contrato nulo, sino que la declaración de nulidad del acto también afecta a los terceros que hubieran adquirido derechos basados en ese acto o contpto nulo (C. C., arto 1748). Por el contrario, por prescripción expresa del art. 1766, que ha servido de base legal para la elaboración de la teoría de la simulación, la declaración de esta no produce efectos contra terceros, lo que, como salta a la vista, no ocurriría si la declaración fuese de nulidad1!.

123. b) LA TEORÍA DUALISTA FRANCESA. La doctrina y la jurisprudencia francesas, fundándose en el art. 1321 del Código Civil que dice que "los contraescritos (contre-lettres) no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes; ellas no tienen efecto alguno contra los terceros", al abandonar la antigua teoría de la simulación-nulidad, interpretaron el texto trascrito en el sentido de que las expresiones lettres y contre-lettres no deben ser entendidas en su acepción literal de escritos y contraescritos, sino en la de estiPulaciones y contraestipulaciones, respectivamente, que pueden cobijar cualesquiera formas de las declaraciones de la voluntad y no ya solamente la escrital2. Por consiguiente, apoyándose en esta interpretación, ágil aunque artificiosa, se lanzó la llamada teoría dualista, que consiste en dictaminar que en todo caso de simulación, absoluta o relativa, existirían dos actos jurídicos distintos e independientes o, si se quiere, interdependientes: un acto ostensible (lettre) y un acto oculto (contre-lettre), cada uno de ellos dotado de sus elementos propios, la voluntad o elemento interno y la declaración o elemento externoU.
Además, para darle a la precitada interpretación de la ley una justificación de fondo, los partidarios de la teoría suelen razonar, que así como la ley autoriza expresamente a los particulares para celebrar cualesquiera actos lícitos, igualmente los faculta para desistir de ellos o para modificarlos mediante otros actos posteriores. Así, la simulación consistiría simplemente en que, celebrada entre los agentes la convención que han declarado públicac mente, más tarde la revocarían o reformarían mediante otra convención14. Otros partidarios de esta teoría dualista la explican en el sentido de que el acto secreto entre las partes constituiría una interpretación auténtica de su acto público \:,.
Dicho de otra manera, según esta teoría, denominadadualista por cuanto detecta en la simulación dos actos jurídicos distin-

tos, el problema planteado por dicha figura no se resolvería con la declaración de nulidad del acto ostensible, sino con la declaración deprevalencia del acto secreto sobre aquel.
Del propio modo, cuando nuestra Corte Suprema abandonó su antigua tesis de la simulación-nulidad en el año de 1935, adoptó en toda su integridad la mencionada teoría dualista. Para el efecto se sirvió, cómodamente y al estilo francés, del art. 1766 de nuestro Código Civil, que, inspirado sustancialmente en el art. 1321 del Código de Napoleón, dispone que las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros, como tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido en la escritUra matriz y en el traslado en cuya virtud ha obrado el tercero. Am
pliada la interpretación de este texto legal para hacerla servir como funda
mentO de la teoría de la simulación, la Corte concluyó que dicha figura implica la coexistencia de dos actos jurídicos completos, el ostensible y el oculto, y que la solución jurídica consistiría en declarar la prevalencia del se
gundo sobre el primero, sin perjuicio de terceroslfi.
124. CRÍTICA DE LA TEORÍA. Examinada la teoría dualista a la luz de la lógica
jurídica, lo primero que se observa es el error en que ella incurre al atribuirle al actO ficticio, o sea, al absolutamente simulado, la categoría de acto jurídico. En efecto, si los agentes se han confabulado para representar ante el público una farsa, con el entendimiento de que esta habrá de ser jurídicamente ineficaz, semejante maniobra es la negación misma del acto jurídico, que no solamente requiere una manifestación de voluntad, sino que ella se encamine a crear, modificar o extinguir relaciones de derecho. Si dos personas se conciertan

para simular una compraventa, pero convienen en que no habrá trasferencia de la cosa vendida ni pago de precio, la conclusión obvia es que no existe tal contrato por carecer de sus elementos esenciales (essentialia negotii). En tal hipótesis no falta el consentimiento, pues hay un acuerdo de voluntades entre los agentes, deliberadamente enderezado a crear un fantasma para engañar a los demás; lo que realmente falta es ese objeto especifico que erige la voluntad de los particulares enacto jurídico. Según dicen algunos, hay voluntad de manifestación, pero no existe la voluntad de contenido negocial17.
Pero, si aun forzando el razonamiento natural, se supone que en la simulación absoluta, v. gr., en la venta de confianza, si se configura un acto jurídico fiduciario que le impusiera al presunto comprador la obligación de restablecer en sus derechos al supuesto vendedor, ¿dónde estaría ese otro acto jurídico que sirviese de término de comparación para determinar la prevalencia de aquel negocio fiduciario?
De otro lado, de admitirse la consabida explicación justificativa de la teoría dualista, según la cual los agentes simuladores, usando de una facultad legal, revocarían un negocio anteriormente celebrado entre ellos, resultaría el absurdo de que en todo caso de simulación absoluta, por ejemplo, en la trajinada venta de confianza, habría que imaginar que los agentes, al emitir su declaración destinada a engañar al público, sí tuvieron la intención seria de vender y de comprar, pero que después se arrepintieron y procedieron a revocar la compraventa, mediante otra convención pública u oculta, lo que es lo. mismo.
y lo dicho hasta aquí respecto de la simulación absoluta es pertinente a la simulación relativa. Si en esta hay un concurso real de voluntades entre los agentes y este consenso tiene un verdadero contenido negocial, vale decir, un objeto jurídico, solamente a base de imaginación se puede suponer otro acto

jurídico distinto respecto del cual se pueda pregonar la prevalencia de aquel. En la donación disfrazada de compraventa existe el ánimo recíproco de enajenar y de adquirir la cosa donada, o sea que hay un acto jurídico, pero no exi-ste la compraventa, porque la máscara que la simula es una apariencia vacua, carente de los elementos esenciales de tal contrato. Por tanto, de aceptarse la tesis de la revocación posterior de la compraventa para sustituida por la donación, resultaría que no hay simulación, sino que los agentes inicialmente celebraron una compraventa real y seria, pero despu:és se arrepintieron y la revocaron para celebrar, en su lugar, una donación.

125. c) LA TEORÍA MONISTA. Las críticas a que se presta la teoría dualista francesa, tales como las que acabamos de exponer y otras que consideramos confusas o exageradas, han dado lugar a la formulación de otra teoría que se dice monista, por cuanto rechaza la dualidad de actos jurídicos en la simu
lación, Según los partidarios de esta teoría, en la simulación existiría un solo
acto de tal índole, pero con la circunstancia de que la exteriorización del consentimiento único se desdoblaría o bifurcaría en dos declaraciones: la falsa destinada al público y la real que ocultamente se intercambian los agentes y que traduce su voluntad verdadera. Así entendido el fenómeno, la terapéutica jurídica pertinente sería la de otorgade prevalencia a la declaración privada y real sobre la fingida.

La primera presentación de la teoría monista y la crítica que condena a la teoría dualista francesa se suelenatribuir a FRANCESCO FERRARA, quien en algunos puntos de su monografía expone ideas como las siguientes: "En el negocio simulado no existe un paralelismo de dos contratos opuestos y contradictorios, ni la unión de una convención verdadera

con otra que la destruye y anula; de unalettre y de unacontre-letlre. No; el negocio simulado es único, falto en su origen de consentimiento e inexistente, y la declaración contraria no puede modificar la eficacia, $ino declarar la ineficacia inicial del acto fingido". "Y lo mismo puede deCirsie de la simulación relativa; cuando se
simula una donación bajo la forma de una venta, no es que haya dos actos diferentes e independientes entre sí, uno de los cuales debe ser sustituido por el otro, sino un acto único disfrazado bajo la apariencia falsa"18,
Nuestra Corte Suprema, que, según ya quedó dicho, a partir de 1935 profesó la teoría dualista francesa, últimamente se ha inclinado en pro de la teoría monista, aunque sin deducir todavía las consecuencias que de ella derivan ID,

126. CRÍTICA DE LA TEORÍA. Indudablemente, la teoría monista representa un paso de señalada importancia en la averiguación de la naturaleza de la simulación relativa. En efecto, en esta no se ofrecen dos actos jurídicos distintOS Y contrapuestos; solamente existe un acto jurídico: el disimulado que cuenta con los elementos esenciales de tal especie de actos. Así, volviendo una vez más al ejemplo de la donación disfrazada de compraventa, es evidente la presencia de un acto jurídico, la donación: el donante y el donatario
prestan su consentimiento p.ar~ que se produzca l~ trasferencia .~e la cosa
donada, o sea, un real efecto Jundlco. Por el contrano, la declaraclOn ficticia de compraventa escapa a una calificación análoga, precisamente porque el consentimiento que los agentes prestan para realizar la farsa descarta los efectOs propios de dicho contrato; por este aspecto, si bien es innega-

ble el concurso voluntario, este es deliberadamente ineficaz, no constituye un acto
jurídico.

Por el contrario, donde sí falla la teoría monista es en su aplicación a la simulación absoluta. En esta no existe acto jurídico alguno; los agentes solamente convienen en crear una apariencia engañosa, pero descartando in limine los efectos que esta pudiera producir lo que equivale a la negación misma del acto jurídico; habrá, si se quiere emplear estas expresiones, voluntad de manifestación, pero no voluntad de contenido. Así, en la venta de confianza, tal contrato no existe, precisamente porque los simuladores rechazanla trasferencia de la cosa vendida, el pago del precio,etc., y detrás de la declaración aparentada no se oculta ningún otro acto susceptible de ser calificado como
jurídico.

La precitada falla de la teoría monista ha obedecido a que sus propugnadores, al criticar la teoría dualista, no cayeron en la cuenta que esta, para sacar avante su tesis de la coexistencia de dos acto jurídicos, uno de los cuales debería prevalecer -el oculto sobre el ostensible-, tuvo que suponer, contra la lógica y la realidad, que este último también sería un acto jurídico completo, dotado de consentimiento y de contenido jurídico. Así, por ejemplo, en la venta de confianza, dicha teoría tuvo que imaginar la existencia, a lo menos, de un negocio fiduciario entre quienes se dicen vendedor y comprador. Y no escapa a esta crítica la formulación de FERRARA, quien, a vuelta de afirmar que el negocio ficticio o absolutamente simulado es inexistente por falta de consentimiento, para salvar la idea monista de que en la simulación siempre existe un acto único, tuvo que hacer el siguiente esguince que a nadie convence: "En otro orden de ideas, el negocio simulado, aun no existien

do jurídicamente, existe, sin embargo, como hecho histórico que consta en un documento y puede producir distintos efectos de índole probatoria respecto de otras relaciones jurídicas"2O.

127. LA TEORÍA LÓGICA JURÍDICA. Esta teoría ya se encuentra esbozada en las críticas formuladas contra las anteriormente expuestas. De suerte que aquí se trata de recapitularla en su conjunto.

La filosofía lógicojurídica, principalmente impulsada en este siglo por la escuela de derecho positivo de HANS KELSEN, a manera de reacción contra el iusnaturalismo y el historicismo dominantes hasta entonces, proclama la necesidad de valorar los entes jurídicos en sí mismos e independientemente de consideraciones etiológicas y deontológicas, vale decir, de origen y de fin. Por consiguiente, apreciando el fenómeno de la simulación con tal criterio, se llega a los siguientes resultados:
Si el acto jurídico es por definición una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, esta figura solamente se presenta cuando se dan los elementos esenciales enunciados en tal definición: la manifestación de voluntad y el objeto jurídico buscado por ella. Por el contrario, faltando cualquiera de estos elementos, no se estructura acto jurídico alguno.

Así planteado este dilema y detectados los varios grados y formas de la simulación, en primer término se impone la conclusión de que en las simulación absoluta el acto aparentado es inexistente jurídicamente y, en segundo término, que en la simulación relativa sí existe un acto jurídico propiamen-

te dicho, cuya real naturaleza y dimensión es preciso desentrañar para valorarlo a la luz de la preceptiva legal pertinente.

Si en la simulación absoluta el concierto entre los agentes únicamente va hasta la creación fantasmagórica de un negocio, con el entendido de que ella solo servirá para engañar al público, pero sin que llegue a generar efecto jurídico alguno entre dichos agentes, es claro que, disipada la apariencia engañosa, solo queda el vacío, la nada. Si quienes fingen una compraventa, por ejemplo, lo hacen con fundamento en que no habrá trasferencia de la cosa que se dice vendida, ni pago del supuesto precio, ni ningún otro de los efectos que pertenecen a la esencia de este contrato, como tampoco los de otro negocio distinto, esos agentes están realizando una farsa que en nada se diferencia de la representación teatral que cumplen los actores al escenificar una transacción análoga: tan farsantes son aquellos agentes como lo son estos actores. La noción lógica del acto jurídico repugna el reconocimiento de semejante pantomima, siquiera sea para declarar su nulidad.

Por el contrario, en la simulación relativa sí se da un auténtico acto jurídico, un real concurso de voluntades con objetivos de derecho. Pero los agentes por cualesquier motivos lícitos o ilícitos, ocultan su verdadera intención, desfigurando los efectos pretendidos por ellos, mediante la superposición de una máscara que adultera la verdadera naturaleza de su negocio, o las condiciones de este, o que esconde la identidad de quienes están llamados a recibir aquellos efectos. De esta suerte, la valoración lógica de la simulación relativa se reduce a levantar esa máscara que encubre el verdadero acto jurídico, a fin de que este pueda ser captado y valorado en símismo.

III. Los efectos de la simulación

128. PRECISIÓN. Habida cuenta de la naturaleza lógicojurídica de la simulación y de las consecuencias que derivan de la determinación de los dos errados que ella puede revestir, según sea absoluta o relativa, impónese pre~isar sus efectos entre las partes y respecto de los terceros, sobre todo en con sideración a que estos dos términos jurídicamente no son tan simples como'
pudiera pensarse: la expresión partes no denota únicamente a quienes han intervenido materialmente en un acto o negocio, ni la expresión terceros se refiere exclusivamente a quienes no lo han hecho. Según habremos de puntualizarlo, se trata de dos conceptos complejos, con el item más de que su alcance en la teoría general de los actos jurídicos resulta modificada al aplicarse a la disciplina específica de la simulación.

A) Los efectos entre las partes

129. EL CONCEPTO DE PARTES. Para la mejor inteligencia de este tema conviene señalar primeramente a las personas que, según la doctrina, integran la categoría de partes, y luego sí examinar los efectos de la simulación respecto de ellas.

130. a) Los AGENTES DIRECTOS. El concepto de partes comprende, en primer término, a quienes directamente y obrando por sí mismos han intervenido en el otorgamiento de un acto, sea este o no simulado. Así, en la materia que tratamos tienen la calidad de partes el supuesto vendedor y el paniaguado que se presta a la venta de confianza; la tienen el donante y el donatario que disfrazan de compraventa a la donación; y la tienen el vendedor, el comprador y el testaferro que realizan una operación triangular mediante dos actos enderezados a trasferir la cosa vendida del primero al testaferro y luego de este al comprador.

131. b) LA REPRESENTACIÓN. En virtud de esta institUción, que solamente se presenta en el campo jurídico, quienes están llamados a vincularse por un acto no necesitan participar directa y materialmente en él, sino que tal efecto se produce cuando lo hacen sus representantes legales o convencionales, como los padres de familia, el guardador o el mandatario. Estos apenas si son órganos de expresión jurídica, desempeñan en la operación el papel de simples trasmisores para que ella produzca sus efectos respecto de los representados, como si ellos mismos hubieran actuado. En tal caso, el concepto de parte se predica del representado y no del representante. Esto mismo sucede en el campo de la simulación.

132. c) Los CAUSAHABIENTES UNIVERSALES. Se entiende por tales a quienes están llamados a suceder a su causante en la totalidad de su patrimonio o en Una Cuola de este, como la mitad, el tercio o el quinto, lo que en nuestro ordenamiento solo ocurre en la sucesión por causa de muerte (c. C., art. 1008), y nunca por acto entre vivos, pues en estos los bienes trasferidos, siempre deben estar inventariados y determinados, lo que descarta la idea de un traspaso a título universal (ibídem, arts. 1464, 1867,2082, etc.rn. Por tanto, los únicos causahabientes o sucesores universales son los herederos de una persona fallecida, quienes representan a su causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles (ibídem, art. 1155).

Corolario lógico de la precitada concepción jurídica que supone que la

personalidad del difunto sobrevive en sus herederos, es que estos frente a un .
acto jurídico celebrado por aquel, simulado o no, deben ser reputados y
tratados comojlartes, como si ellos hubieran intervenido en la celebración de
dicho acto. Tal es lo que gráfica, pero inexactamente, expone el art. 1122 del
Código Civil francés, al decir: "Se supone que uno estipula para sí y para sus
herederos" .
Pese a lo dicho, la doctrina, al elaborar la teoría de la simulación, se ha visto en la necesidad de atemperar la rigidez de los principios generales ex
puestos, y así, a vuelta de atribuirles a los herederos de los agentes simu
ladores la calidad de partes que estos tuvieran en la simulación, para ciertos
efectos trata a dichos herederos como si fuesen terceros~~.
133. Los EFECTOS SUSTANCIALES DE U\ SIMULA.CIÓN ENTRE LAS PARTES. Averi
guando el concepto de partes en un acto, para determinar los efectos de la
simulación respecto de ellas, todavía hay que distinguir si esta es absoluta o relativa.
134. a) EN u SIMUL<\CIÓN ABSOLUTA. En esta hipótesis, se repite, no se estructura acto alguno que pueda merecer el calificativo de acto jurídico. En ella solo se da una pantomima realizada por los simuladores para engañar al
público, con el entendido de que entre ellos no habrán de producirse los efectos simulados. En consecuencia, descubierta la farsa, hay que concluir que esta fue inepta para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho entre las partes;

que la situación de estas jurídicamente no se ha modificado y que si de Jacto se produjeron alteraciones de dicha situación, esta debe ser restablecida a su estado anterior. Así, comprobada la venta de confianza, se debe declarar que tal contrato es inexistente, que no generó obligaciones algunas ni para el supuesto vendedor ni para el supuesto comprador y que, si acaso llegaron a producirse algunas situaciones de hecho fundadas en ese simulacro de contrato, como si el sediciente comprador hubiese logrado hacerse a la tenencia de la cosa o el sediciente vendedor hubiese obtenido el pago del precio, estas son situaciones sin causa justificativa y, por tanto, deben ser deshechas para que, por vía retroactiva, todo vuelva a su prístino " normal estado. Por consiguiente declarada la simulación absoluta del acto y deducidas sus preindicadas. consecuencias, sería, más que superfluo, contradictOrio averiguar la validez o la nulidad de ese acto que no existe.

135. b) EN U SIMULACiÓN REL<\TIVA. Descubierta esta, la conclusión lógica que se impone es diferente: es la de que sí existe un acto jurídico, dotado de un consentimiento encaminado directa y reflexivamente a producir los efec[OS propios de dicho acto. Descorrido el velo, levantada la máscara impuesta por los simuladores para. engañar al público, ese a~to jurídico, existente pero disimulado, debe produCIr ent.re las partes la plemtud de los efectos pertinentes a su esencia y a su naturaleza, a menos que esté afectado por un vicio que lo condene a la ineficacia, la cual ya tiene que ser objeto de una declaración distinta de la de simulación y provocada por el ejercicio de una acción o proferida de oficio por eljuez, según la preceptiva legal del cas023. Así, descubierta la donación disfrazada de compraventa, las relaciones entre las partes deben regularse por las normas propias de la donación y no por las de compraventa, y si acaso se han llegado a producir situaciones de hecho ocasionadas por la

simulación, como si el donante indebidamente ha logrado hacerse al pago del supuesto precio, tales situaciones deben ser destruidas retroactivamente. Del mismo modo, sacada a la luz la donaÚón disimulada; queda abierta la puerta para juzgar acerca de su validez o invalidez.

Como puede observarse, en punto de los efectos sustanciales de la simulación entre las partes, a diferencia de lo que ocurre respecto de los terceros24, no se plantea la cuestión de averiguar si una de dichas partes podría prevalerse en contra de la otra de la declaración aparente, bien fuera para invocar la eficacia del acto ficticio o absolutamente simulado, o bien para exonerarse de los efectos del acto disimulado. Desde el punto de vista sustancial, tal cuestión entre las partes nunca es de recibo, porque no se puede concebir razón que justificase tal pretensión <:;n quien ha prestado el concurso de su voluntad para que el acto ficticio sea ~ot<¡llmente ineficaz, o para que sus relaciones con la otra parte se rijan por el ado disimulado y no por el disfraz que oculta su verdadero contenido y alcance25.

En fin, para cerrar este apartado relativo a los efectos sustanciales de la simulación entre las partes, hay que advertir que tales efectos no solo se predican de quienes han participado en la maniobra directamente o representados por otros, sino también, en principio, respecto de los herederos de ellos. Quiere esto decir que, en lo tocante a dichos efectos, e! concepto de !Jartes reviste su acepción general ya apuntada.

B) Los efectos respecto de terceros

136. EL CONCEPTO DE TERCEROS. Conviene también aquí comenzar por la relación de las personas que integran la categoría de los terceros para indagar después los efectos sustanciales que la simulación produce respecto de ellos.

136. bis. a) Los TERCEROS ABSOLUTOS. En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, los particu-

lares están autorizados para participar en la regulación de la vida social mediante actos jurídicos, a los que e! derecho atribuye vigor normativo, semejante al que tienen los mandatos del propio legislador. Así, "e! contrata legalmente celebrado es una ley para los contratantes", según la fórmula lapidaria de DOMAT que reproduce e! arto 1602 de nuestro Código Civil y en la cual, a la vez que se consagra la eficacia normativa de los actos jurídicos, se señala e! ámbito de ella, circunscribiéndola a los agentes o partes en dichos actos. Significa esto último que la mencionada autorización legal no va hasta permitirles a los particulares invadir la órbita jurídica ajena. "Lo que entre unos se hace, a otros ni perjudica ni aprovecha" (res inter alias acta aliis neque nocere neque prodesse potest). Tal es el aforismo clásico que expresa el postulado de la relatividad de los actos jurídicos. Corolario natural de él es que e! concepto de terceros se predica, en primer término, de las personas que no tienen relación jurídica alguna con las partes en e! acto, simulado o no (penitus extranei). Pero, según lo veremos seguidamente, aunque concretándonos a la materia que nos ocupa, para determinar la eficacia de la simulación la doctrina ha tenido que ampliar el precitado concepto de los terceros, aun a costa de los principios generales tocantes al postulado de la relatividad de los actos jurídicos.

137. b) Los ASIGNATARIOS SUCESORALES FORZOSOS. Nuestra ordenamiento civil limita la li.bertad de testar, mediante las asignaciones forzosas a ciertas personas y que el testador debe respetar o, si no, ellas se imponen por miaisterio de la ley. Tales son las pensiones alimenticias legales, la porción conyugal que competa al cónyuge sobreviviente, las legítimas rigorosas y la cuarta de mejoras de los descendientes del testador2ti.

Según se ve, las personas antes relacionadas tienen derechos a ellas atribuidos por la ley sobre e! patrimonio relicto del testador, y que pueden resultar vulnerados, no solamente por el testamento, sino también por maniobras simulatorias realizadas en vida por el causante para eludir las asignaciones forzosas o para mermar su importe, lo que de suyo implica un fraude ~lla ley. En tales circunstancias, los asignatarios forzosos, además de la acción de reforma del testamento, si fuere del caso, también cuentan en su favor con la acción de simulación enderezada a reintegrar e! acervo sucesoral y, consi
O1.lÍentemente, las asignaciones lesionadas.
ü
Ahora bien, conforme quedó dicho ya, los herederos de las partes en los
actoS, simuladas o no, ocupan e! lugar de estas, o sea que se reputan como tales partes27. Sin embargo, la doctrina considera que los asignatarios forzosos, aun los que tengan la calidad de herederos, son terceros para los efectos de la simulación, por cuanto al impugnarla ejercen un derecho propio de ellos y atribuido por la ley.

138. c) EL CÓNYUGE. Al disolverse la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges o por cualquiera otra causa legal, el patrimonio de dicha sociedad, que es una universalidad jurídica al igual que un patrimonio sucesoral, debe liquidarse y dividirse entre los cónyuges o sus respectivos herederos. De otro lado, hasta la disolución de la sociedad conyugal cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de los bienes que les pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado :l él, así como de los demás bienes que por cualquier causa hubiera adquirido o adquiera.

. Puede, por tanto, ocurrir que uno de los cónyuges, con el propósito de burlar lo.s derechos del otro en la sociedad conyugal, enajene simuladamente bienes de que puede disponer libremente, o finja pasivos inexistentes. En ese caso, el otro cónyuge está legitimado para acusar la simulación y, para el efecto., también se le reputa como un tercero.

139. d) Los ACREEDORES. Desde la época de la República en Roma es axioma que la responsabilidad por e! incumplimiento de las obligaciones civiles no recae sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio, cuyos bienes pueden ser perseguidos por los acreedores para la satisfacción de sus créditos, de donde resulta el aforismo: "el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores". Con fundamento en este aforismo que, gráfica pero inexactamente, sugiere la idea de que los acreedores tienen un derecho, hasta de índole-real, sobre el patrimonio de! deudor, la doctrina francesa generalizada ha catalogado a los acreedores, especialmente a los quirografarios, vale decir, desprovistos de garantía real específica, entre los causahabientes o sucesores universales, alIado de los herederos28. Sin embargo, en PUnto de la simulación, la opinión hoy unánime e indiscutida es la de consi
derar a los acreedores como terceros2\). .

140. e) Los CAUSAHABIENTES SINGULARES. Se entiende por esta clase de sucesores a los adquirentes, por acto entre vivos o por causa de muerte, de determinados derechos reales o crediticios. Para los efectos de la simulación, estos causahabientes tienen la calidad de terceros cuando han negociado la adquisición de sus derechos con el titular aparente y con posterioridad al acto simulado. Así, el comprador, el acreedor prendario o hipotecario y el cesionario del crédito

son terceros frente al acto simulado y reciben la protección otorgada a dicha categoría de personas cuando sus derechos han sido constituidos o trasferidos, según el caso, por quien, en razón de la maniobra simulatoria, aparentemente estaba legitimado para la enajenación. A este respecto, la doctrina es también unánime hoy, con fundamento en el postulado de la eficacia de los actos aparentes respecto de quienes de buena fe negocian basados en ellos.

141. RESUMEN. De la anterior relación de las personas que la doctrina incluye en la categoría de los terceros para los efectos de la simulación, puede concluirse, a manera de principio general, que forman parte de dicha categoría todos aquellos que, sin haber participado directamente ni por procuración en la maniobra simulatoria, pueden resultar afectados por esta y, por ello, merecen la especial protección que la ley y la doctrina les otorgan.

142. Los EFECTOS SUSTANCIALES DE LA SIMULACIÓN RESPECTO DE LOS TERCEROS. Frente a un acto absoluta o relativamente simulado, el interés de los terceros no siempre es el mismo. Generalmente consistirá en que se declare la total ineficacia del acto ficticio o en que se establezca la realidad del acto disimulado, porque las situaciones creadas por el primero o el disfraz del segundo los perjudica. Así, por ejemplo, los acreedores están interesados en que se destruya retroactivamente la enajenación ficticia de bienes de su deudor, para así poderlos perseguir y con ellos satisfacer sus créditos, o en que se patentice la donación disfrazada de compraventa para poder atacar dicha donación con la acción pauliana, por ser el ejercicio de esta acción menos exigente en tratándose de actos gratuitos. Y, otras veces, el interés de los terceros estará en el mantenimiento de la declaración aparente, porque esta les aprovecha, como cuando han nego-

ciado con las partes fundándose en dicha declaración. Importa precisar aún más estas directrices de la teoría de la simulación.

143. LA INOPONIBILIDAD A LOS TERCEROS DE LA DECLARACIÓN PRIVADA. La declaración que hacen los simuladores para engañar al público crea una situación aparente, de la cual pueden prevalerse los terceros que de buena fe han contratado con aquellos. Tal es el alcance que la doctrina, al elaborar la teoría de la simulación con fundamento en el art. 1766 de nuestro Código Civil, tomado del art. 1321 del francés, les ha asignado a estos textos legales. De esta suerte, las escrituras privadas y las contraescrituras públicas que el primero de dichos textos menciona para declaradas inoponibles o ineficaces contra terceros, ya en la teoría general de la simulación, que abarca, por igual los actos simulados escritos o no, son ineficaces contra los terceros: estos pueden prevalerse de la declaración apar~nte, sin que se les puedan oponer los pactos secretos de las partes encammados a pnvar de eficacia dicha declaración o a modificar su contenido ostensible. Contémp1ase aquí uno de los aspectos más interesantes de la teoría de la simulación, en cuanto esta deroga los principios de la lógica jurídica: un acto absolutamente simulado, como la venta de confianza, es inexistente, no es un acto jurídico; pero si el sediciente comprador hipoteca o pignora la cosa a un terecro de buena fe, ninguna de las partes es recibida a alegar que dicho seudo-comprador no había adquirido tal cosa. Y lo propio ocurre en la simulación relativa: si para eludir la prohibición legal de la venta entre cónyuges no divorciados, estos se confabulan con un testaferro del cónyuge comprador para realizar una operación triangular, y si celebrada la primera venta al testaferro, este grava la cosa en favor de un tercero de buena fe, ninguno de los cónyuges,

verdaderos contratantes, puede impugnar el gravamen alegando la ilegiti¡nación del testaferro para imponerlo.

144. LA INOPONIBILIDAD A LOS TERCEROS DE LA DECLARACIÓN APARENTE. Si, segun venimos de verlo, la declaración privada entre las partes en el acto simulado es ineficaz contra los terceros, o sea, que no puede perjudicarlos, a contrario sensu sí puede favorecerlos, especialmente cuando la maniobra simu¡atoria se ha urdido en contra de ellos. Quiere esto decir -y en ello también es unánime la opinión doctrinaria- que la declaración aparente les es jnoponible cuando los terceros la impugnan. Así, siguiendo los ejemplos que hemos venido utilizando, los acreedores pueden prevalerse del pacto de ineficacia acordado entre las partes respecto de la comprqventa realizada para sustraer ficticiamente bienes del patrimonio del deudor con detrimento de la garantía general de dichos acreedores, y pueden, igualmente, desconocer la supuesta compraventa que encubre una real donación.

145. EL CONFLICTO ENTRE TERCEROS. La precitada opción que se les reconoce a los terceros para acogerse a la declaración aparente de las partes o a la privada que estas intercambian para descartar o modificar aquella, puede prestarse a conflictos cuando dos o más terceros, según sus respectivos intereses, adoptan posiciones encontradas al respecto. Por ejemplo, los acreedores del fingido vendedor se acogen a la declaración privada de ineficacia de la venta de confianza para poder perseguir el bien materia de esta y, a su vez, los acreedores del sediciente comprador se acogen a la declaración aparente para hacer valer los gravámenes constituidos por este en su favor.

Frente a tal conflicto, la doctrina unánime otorga la preferencia a los t:rceros que se acogen a la declaración aparente, ya que la ley, para garantIzar la seguridad del comercio, expresamente establece que contra dichos terceros no pueden oponerse los pactos privados de las partes. Con otras ~alabras: la protección se otorga a quienes los pactos privados les sean per
JUdiciales, con preferencia sobre quienes dichos pactos les aprovechen.

146. LA BUENA FE DE LOS TERCEROS. Conforme quedó insinuado, el descrito régimen de privilegio que la ley y la doctrina otorgan a los terceros obedece al propósito de proteger su buena fe contra las sorpresas de que podrían ser víctimas al aplicarse con todo su rigor los principios generales. Por tanto, de faltar dicha buena fe -lo que ocurriría cuando los terceros negociaran con las partes a sabiendas de la simulación fraguada por estas-, ese régimen especi<ll carece de sustento jurídico y deviene impertinente. Por lo tanto, dichos terceros quedan sometidos a las consecuencias derivadas de la inexistencia del acto absolutamente simulado y que son las mismas de la declaración de nulidad, tales como las restituciones a que hubiere lugar, exigibles tambien a los terceros causahabientes de las partes. Y quedan igualmente sometidos a las consecuencias de la declaración de la simulación relativa, o sea, que deben atenerse a los efectos del acto simulado. En sintesis: los terceros que, a falta de buena fe, no merezcan protección jurídica, pierden la opción de acogerse a la declaración aparente, con todas las secuelas que de esta pérdida derivan.

l Tales son, en líneas generales, las soluciones que se desprenden de nuestro ordenamiento civil, que expresamente consagra el mandato sin representación, y que han sido acogidas por nuestra jurisprudencia constante. Otras legislaciones, como el Código Civil francés, solamente admiten el mandato representativo, de donde se tiene que la figura del contrato en nombre propio pero por cuenta ajena (!Jrete-norn) ha dado lugar a continuas vacilaciones, aunque la doctrina, casi unánime hoy, adopta las mismas soluciones indicadas. (Véase Caso del 13 de octubre de 1939, "G.].", l. XLVIII, pág. 705; del 17 de febrero de 1952, "G.].", l. LXIII, pág. 679; del 7 de marzo de 1952, "G.].", l. LXI, pág. 358; PLANIOL Y RII'ERT, Traité élérnentaire de droit civil, t., n, Paris, 1939, núm. 1189; CARlOTA FERR,\RA, El negocio jurídico, Madrid, Edil. Aguilar, 1956, pág. 445;A. VON TUHR, Obligaciones, t. I, Ma-drid, Edil. Reus, 1934, pág. 34).

2 Casación, abril 29 de 1971, "G.].", l. CXXXVIII, pág. 314.

3 En contra, Código Civil italiano, art. 1414 y CARlOTA FERRARA, ob. cit., pág. 442.

4 Entiéndese por derecho intermedio o común europeo el correspondiente al período que va desde la caída del Imperio Romano de Oriente hasta las codificaciones del siglo XIX.

5 Fr. 1, par. 2, Digesto, De dolo malo, 43: "posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulare, sicuti Jacient qui per ejus modi dissimulationem deserviant, el tuentur vel sua vel aliena"; cfr. PI.ANIOI. y RIPERT, ob, cit., t. n, núm. 447; LoUIS JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques, Paris, 1929, pág. 242

. fi Código Civil italiano, arto 1444; FRANcEsco FERRARA, La simulación de los negocios Jurídicos, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1960, pág. 190.

7 Casación del 30 de abril de 1923, "G.J.", núm. 1542, pág. 14.
M Véase núm. 515, inJm. .
" Véase núm. 515, infm.
10 Véase núm. 321, inJra.
11 Como el Código Civil italiano se inclina por la teoría de la simulación-nulidad (arl.
1414), algunos de sus intérpretes, atendiendo a que la simulación no produce efectos contra
ter~el"Os, han llegado a calificar dicha nulidad, no como absoluta, sino como relativa, lo que es Inexacto aun a la luz del mencionado Código, porque una de las características más ~mportantes de la nulidad absoluta es precisamente la de poder ser alegada por cualquier Interesado, parte o tercero, a diferencia de la nulidad relativa, que solo puede ser invocada por las personas en cuyo favor se establece. La simulación en el derecho italiano también puede ser impugnada por cualquier interesado, luego la nulidad consagrada legalmente es la absoluta. (En conu"a, EMILIO BETTI, Teoría general del negocio jurídico, 2' ed., Madrid, Edil.
eVIsta de Derecho Privado, pág. 308).
12 PI"\NIOL y RIPERT, ob. cit., t. n, nota 2, pág. 454.
I~ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. 11, nota 2, pág. 454;PLANIOL, RIPERT y ES~IEIN, Traité théorique
et pratique, t. VI, Pads, Edit. Librairie Générale de Droit etjurisprudence, pág. 333.
14 PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. 11, núm. 1191; CARlOTA FI':RRARA, ob. cit., pág. 191.
Ir, EMILIO BETTI Y otros autores que cita, en Teoría general del negocio jurídico, 2~ ed.,
Madl'id, Edit. Revista de Derecho Privado, 1968, pág. 301.
11; Casación del 24 de octubre de 1936 y 15 de febrero de 1940, "G.J.", t. XLIV, pág.167, Y t. LIX, pág. 70, etc.

17 CARlOTA FERRARA, ob. cit., núm. 116.
1M FR,\NCF.'iCO FERRARA, Lasimlllación..., Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, pág. ~66.
1'1 Casaciones del 16 de mayo de 1968 (aÚn no públicada), ~o de agosto del mismo año
(aÚn no publicada) y del 21 de mayo de 1969, "C. J.", t. CXXX, pág. 1::15.
~o FERRAR,\, ob. cit., pág. 292.
26 Nótese la impropiedad y la contradicción en que incurre el citado arto 1464 al hablar de donaciones a título universal y al exigir, a la vez, que los bienes materia de ellas sean inven tariados.
27 Véase núm. 137, in/m.
. ~~, Algunas legislaciones, como la francesa, establecen excepción al régimen expuesto, Irnponiéndoseles a las partes la obligatoriedad de la declaración aparente, o sea, descono-cIendo la eficacia del verdadero acto disimulado, cuando este tiene por efecto la disminución del precio de la venta de oficios ministeriales o el fraude a la ley fiscal. (Véase a MAZEAUD, Le,ons de droit civil, 5~ ed., t. n, Paris, 1968, núms. 814 y ss.).
Véase núm. 143, in/m.
La diferencia de los efectos entre las partes, según que la simulación sea absoluta o relativa, revela la inexactitud del arto 1414 del Código Civil italiano, al expresar que "el con-trato simulado no produce efecto entre las partes", reprodu-ciendo así el antiguo estribillo que quizá podría predicarse de la simulación absoluta, pero no de la relativa.

IV. La declaración de la simulación

147. NECESIDAD DE LA DECLARACIÓN. La simulación siempre crea una situación aparente, susceptible de precipitar el funcionamiento de las normas jurídicas que determinan los efectos pertinentes, como si tal situación fuese real. En presencia de un simulacro de contrato que las partes entienden que habrá de ser totalmente ineficaz entre ellas, o en presencia de un verdadero contrato celebrado entre ellas, pero camuflado bajo una declaración ostensible que adultera su naturaleza, o sus condiciones, o la identidad de los contratantes, el derecho debe atenerse a lo que es aparente u ostensible, mientras no se patentice el engaño fraguado, lo que debe hacerse mediante un fallo judicial que declare la ¡situación real y abra la puerta al tratamiento jurídico que le corresponde.! D~ otro lado, esta declaración judicial supoÚc el ejercicio de una acción o la proposición de una excepción por quien esté interesado en obtenerla, ya que el juez no puede pronunciarse de oficio al respecto, ni aun en el caso de que la maniobra simulatoria haya obedecido a móviles o a un objeto fraudulentos o ilícitos, porque en tal supuesto ese propósito u objeto no aparecería de manifiesto en la declaración engañosa, realizada precisamente para ocultarl03°. Nadie incurriría en el infantilismo de expresar en su declaración:pública que ha fingido un contrato para burlar los derechos de sus acreedores, o de su cónyuge, o de sus asignatarios forzosos, o una prohibición legal; etc. La declaración engañosa de los simuladores obviamente se presenta libre de tacha legal, y así el juez tiene que respetarla mientras la maniobra y el grado de ella no se establezcan en un proceso a instancia de parte interesada.

148. OBJETO DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN. Este objeto depende de lacalificación jurídica que se le asigne a la

simulación. Así, dentro de la teoría de la simulación-nulidad, dicha acción se identificaría, a lo menos en lo que toca con la simulación absoluta, con la acción de declaración de nulidad igualmente absoluta. En la teoría dualista francesa sería una acción de declaración de prevalencia del acto oCulto (contre-lettre) sobre el acto ostensible (lettre). Otro tanto ocurriría en la teoría monista que cree encontrar siempre en el fenómeno simulatorio un acto jurídico único, cuya exteriorización se realiza por medio de dos declaraciones dispares, de las cuales debería prevalecer la oculta sobre la ostensible. En fin, si se adopta la teoría impuesta por la inves
(i(Tación lógico jurídica, la conclusión difiere de las antedichas: la llamada acción de simulación'\1 tiene dos objetivos distintos, según se enderece a obtener la declaración de simulación absoluta o la de simulación relativa. Si lo primero, la acción persigue que se declare que, tras la apariencia engañosa, no existe acto jurídico alguno. Si lo segundo, la pretensión del acto es, por el contI'ario, la de que se desenmascare y establezca la existencia del acto realmente celebrado entre las partes, para que se le aplique la disciplina legal pertinente.

En todo caso, cualquiera que sea la denominación que el actor emplee para designar el objeto de su pretensión, corresponde al juzgador, en ejercicio de la facultad que le compete de interpretar discretamente la demanda, calificar dicha pretensión. Por tanto, no importa que el actor impetre una declaración de nulidad, o de inexistencia, o de prevalencia, o escuetamente de simulación, o sin expresar si esta es absoluta o relativa, o equivocándose a este respecto, siempre y cuando que del contexto del petitum y de la causa petendi se pueda inferir claramente que la demanda se encamina a la declaración de ineficacia del acto ficticio o al establecimiento de la realidad del acto disimulado. Esta ha sido la doctrina de

nuestra Corte, que se justifica plenamente, máxime en vista de las vacilaciones y contradicciones que se han presentado en la elaboración de la teoría de la simulación32,
I

149. Los TITULARES DE LA ACCIÓN. Visto está que el idealisfno racionalista hizo de la autonomía de la voluntad privada, y especialmente del contrato, el soporte más importante de la vida social, hasta el punto de inducir a la doctrina moderna a declarar lícita la simulación, con el argumento de que asícomo los particulares están legitimados para celebrar convenciones, también lo están para modificarlas o derogarlas por otras convenciones (mutuo disenso), a lo que se agrega que tampoco es censurable que dichos particulares hagan en secreto lo que pueden hacer públicamenté'3.

Por otra parte, como la teoría de la simulación se ha elaborado en Francia y en Colombia mediante una interpretación extensiva de los arts. 1321 y 1766 de los respectivos códigos civiles, e! primero de los cuales declara expresamente la eficacia de las contraescrituras entre las partes contratantes, al paso que e! segundo lo hace tácitamente al limitarse a establecer la inoponibilidad de ellas frente a los terceros, la mencionada doctrina cree encontrar asidero en dichos textos para proclamar la licitud de la simulación entre las partes.
Consecuencia de esta posición ha sido e! recibo de dichas partes para invocar la simulación realizada, por ellas, sin que se les pueda redargüir que, al hacerla, están alegando su propia inmoralidad. De esta suerte, la titularidad de la acción de simulación se ha ampliado hasta el punto de comprender a cualquier interesado en ejercerla, sea este un tercero o una de las partes en la operación que se impugna.

Ahora bien, el interés que se requiere para el ejercicio de la acción reside en que el actor sea titular de un derechocierto y actual, cuya eficacia resulte perjudicada, también de modo cierto, por la situación anómala creada por la simulación:\4. Las simples expectativas y los derechos inciertos, como la expectativa que tiene el asignatario forzoso en vida de su causante, o el derecho del acreedor condicional, o la expectativa del pretendiente a cosa cuya propiedad se litiga, ete., no habilitan para impugnar la simulación. Por el contrario, si el derecho es actual y cierto, como el que tiene el acreedor a plazo vencido o no, sí da lugar al ejercicio de la acción, porque e! plazo pendiente, a diferencia de la condición, no afecta la existencia del derecho, sino que difiere su exigibilidad. Mas la sola existencia del derecho invocado por el actor no es bastante para estructurar su interés en obtener la declaración de simulación; además es necesario que ese derecho resulte ciertamente afectado por la situación creada por aquella. Así, no basta ser acreedor del sediciente vendedor en la compraventa de confianza, sino que además es indispensable que el crédito invocado no pueda ser satisfecho a causa del desplazamiento patrimonial ficticio. Si e! deudor y supuesto vendedor conserva bienes suficientes para el pago del crédito de que se trata, mal puede alegar e! acreedor que la simulación perjudique su derecho:J5.

150. REOS DE LA ACCIÓN. Conforme a nuestra ley procesal, cuando el contradictorio verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de todas las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda debe dirigirse contra todas ellas. De no procederse así, falta

e! requisito legal de la integración de! litis consorcio necesario, lo que puede dar lugar a una excepción previa de la 135 parte demandada y a que el juez proceda a integrar el contradictorio mediante la citación de todos aquellos que, debiendo ser citados, no lo fueron3G.

De lo dicho resulta que la acción de simulación de un acto o contrato debe dirigirse necesariamente contra todas las personas que fueron partes en él.

Además, si el actor pretende que la acción de simulación afecte a terceroS, como lo serían los subadquirentes de mala fe, para los efectos de las restituciones a su cargo, también tiene que solicitar la citación de estos al proceso, so pena de que la sentencia estimatoria de la acción no pueda perjudicarlos, en razón del principio de la relatividad de la cosa juzgada.

151. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. En el léxico jurídico y así en nuestro Código Civil, la voz prescriPción es anfibológica. Unas veces denota el modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, caso en el cual es sinónima de usucapión. Otras veces significa el modo de extinguir los derechos patrimoniales en general, como los mencionados derechos reales y los crediticios u obligaciones. Y, en fin, también denota la caducidad o preclusión de ciertas acciones que no tienen por objeto la efectividad de un específico derecho patrimonial propiamente dicho, como las acciones de nulidad, rescisión, revocación, resolución y simulación de los actos y contratos. En estas dos últimas acepciones, por e! efecto extintivo a que miran, la prescripción se dice extintiva:17 .

Por el momento, lo que nos interesa realzar aquí es que nuestro ordenamiento positivo consagra la prescripción extintiva de todas las acciones patrimoniales sin distinción, lo que

condena la opinión de que la acción desimulación sería imprescriptible. En efecto, e! art. 2535 de! Código Civil preceptúa: "La prescripción que extingue las acciones y los derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones (se subraya). Yel art. 2536 señala los términos de prescripción de las acciones así: "La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte. La acción ejecutiva:se convierte en ordinaria por el lapso de diez ai1os, y convertida en ordinaha durará solamente otros diez"

Del texto de las disposiciones tr~sc~itas se concluye que la acción de simulación, de índole declarativa, prescribe ordinariamente en veinte años, cuando sus titulares no la han ejercido durante dicho lapso, y que lo propio ocurre respecto de las acciones que pudieran tener esos titulares para reclamar derechos consecuenciales de la acción de simulación38.

Pero, en este último punto, surge el interrogante de determinar el momento a partir del cual comienza a correr el término de prescripción de la acción. Como el fundamento filosóficojurídico de la prescripción, en todas sus variedades, consiste en la prolongada inercia del titular del derecho o de la acción y como, por otra parte, el interés que legitima el <:;jercicio de la acción de simulación puede surgir en muchos casos con posterioridad a la maniobra simulatoria, es palmario que la prescripción de dicha acción empieza a contarse respecto del titular que se encuentre en tales circunstancias, no a partir del acto simulado, sino del momento en que, pudiendo accionar, ha dejado de hacerlo. Dicho de otro modo: de la propia manera que la prescripción de las obligaciones sluetas a plazo o a condición suspensivos solo se cuenta desde el vencimiento del primero o del cumplimiento de la segunda, porque antes el acreedor no podía exigir la satisfacción de su derecho, la

prescripción de la acción de simulación comienza cuando se actualiza el interés jurídico del titular para incoarla. Así, el acreedor carece de personería para impugnar por simulación un acto de su deudor, mientras el crédito de aquel no resulte perjudicado por la insolvencia de este, y otro tanto le ocurre al asignatario forzoso antes que, abierta la mortuoria de su causante, se establezca que un acto simulado por este perjudica la asignación. Esta solución se impone a la luz del principio clásico, conforme al cual la prescripción no corre contra quien no puede valerse para actuar (contra non valentern agere praescrif}tio non currit). En fin, a propósito de la prescripción de la acción de simulación, nuestro Código de Comercio vigente ha suscitado un delicado problema, cual es el de determinar si dicho estatuto redujo el término de la prescripción o si su intención fue solamente la de limitar el plazo para el ejercicio de la acción de simulación por el síndico y la junta asesora, dentro del proceso de quiebra de un comerciante.

En efecto, el citado Código involucra indebidamente acciones como la de simulacióll y la pauliana en el tratado de la quiebra, como si estas acciones fuesen un efecto exclusivo de tal proceso. de ejecución, cuando ha debido incluirlas en el tratado general de las obligkci011es y de los actos jurídicos, ya que ellas son derechos sustanciales de sus 'titJlares y no simples figuras procesales. Con otras palabras: la legitimación en la causa o sustancial para obtener la revocación de los actos fraudulentos del deudor emana directamente del derecho crediticio amparado con la acción pauliana, y la misma legitimación del actor en simulación emana de su interés jurídico para ejercerla.

De otro lado, el art. 1968 del Código de Comercio autoriza al síndico de la quiebra y a la junta asesora para promover, dentro del proceso de quiebra, la acción de simulación, dentro

de un término de quince días siguientes a la fecha de la ejecutoria del auto que f~a la fecha de cesación de pagos. Yel art. 1970, ibídem, faculta a dicho síndico para intentar la acción por la vía ordinaria dentro del ai'io siguiente al vencimiento del precitado término de quince días, en razón de hechos o actos de que no haya podido
estOS textos es la de que ellos se refieren solamente a una legitimación procesal al síndico Y a la junta asesora de la quiebra para representar a los acreedores del quebrado en el ejercicio de la acción, y no a la legitimación en la causa o sustancial que corresponde privativamente a dichos acreedores, como tam
poco que a es~~s se les ~aya queri~o c.ercenar el término ~o~mal para hacer uso de su aCCIono VenCIdos los termmos otorgados al smdlco y a la junta asesora de la quiebra, cualquiera de los acreedores perjudicados por el acto fraudulento o simulado del quebrado puede actuar directamente. Lo que ocurre a este respecto es que el Código de Comercio olvidó precisar tal solu
ción, a diferencia de la ley chilena que expresamente reconoce la legitimación en la causa de todos los acreedores del quebrado, a quíenes autoriza para ejercer individualmente sus acciones propias3!).

152. LA EXCEPCIÓN DE SIMULACIÓN. Reconocida la personería sustancial (legitimación en la causa) para instaurar la acción de simulación a cualquier persona que tenga interés jurídico en ello, también se le reconoce la misma facultad para proponer la excepción de simulación. Así, frente a la acción enderezada a obtener el cumplimiento de la declaración engañosa, el de

mandado puede enervarla proponiendo dicha excepción. Por ejemplo, el comprador de confianza,demandado por el supuesto vendedor para el pago del precio, puede defenderse alegando y probando en el proceso la inexistencia de la compraventa. A este propósito conviene advertir que cuando la simulación se aduct: por vía de excepción ya no es indispensable que en el proceso
se configure ellitisconsorcio necesario requerido para la acción. En tal caso, la relación jurídico-procesal se traba entre el actor y el demandado, y de prosperar la excepción, el juez debe limitarse a desatar esa relación, declarando fundada la excepción, o sea, rechazando las pretensiones del actor, con lo cual en nada se afectan los intereses de quienes no han sido citados al proces04o.

153. LA RITUACIÓN DEL PROCESO. La acción de simulación normalmente se ventila por la vía del proceso ordinario 41. Sin embargo, según ya quedó enunciado, en los casos de quiebra de lds comerciantes o de concurso de acreedores de un deudor no comerciante, concurso que también se tramita como el proceso de quiebra42, la acción. de simulación ejercida por el síndico
o por la junta asesora dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria del auto que f~a la fecha de cesación de los pagos (o de la apertura del concurso), se ventila como un incidente de dicho proceso, que el juez del conocimiento decide en la sentencia de reconocimiento y graduación de créditos43.

:\0 Ley 50 de 19~6, arto 2".
:11 Las denominaciones acción de simulación o acción de declaración de simulación las viene empleando la doctrina

moderna por simple comodidad, con el fin de resaltar la diferencia
entre la sanción jurídica del fenómeno simulatorio y la de nulidad que antes se le atribuía.
:12 Casación, "G.J.", t. XLV, pág. 403 Y t. XLVII, págs. 752 Y 919.
:1:1 Casación del 24 de octubre de 1936, "G.J.", t. XLIV, pág. 167. Véase núm. 119,supra.
j4 Casación, "G. j.", t. XLVII, pág. 65. 3r, Casación, "G. j.", t. XLIX, pág. 71.
Código de Procedimiento Civil, arts. 51, 83, Y 97.
T .:17 Véase GUII.L!':RMO Os PINA FERNÁNDEZ, Régimen general de las obtigaciones, Bogotá, Edit.
ernlS, 1976, núms. 729 y ss.
e ""Véase aM.,\zIéAUD, ob. cit., núm. 826; ERNEsTo CEDIELÁNGEL, ob. cit., pág. 274; en contra
ARIOTA FI':RRARA, ob. cit., pág. 451.
:I~J Ley 4558, art. 78.
.1IJ Código de Procedimiento Civil, art. 306. 41 C. de P. C., art. 396.
4~ Ibídem, arto 570.
4:1 Código de Comercio, arts. 1968 y 1972.
44 Véase núm. 263, infm.

V. La prueba de la simulación

154. PRECISIÓN. En varios puntos del presente capítulo hemos insistido en que la doctrina y la jurisprudencia francesas, lo mismo que las colombianas, han venido elaborando la

teoría de la simulación, a falta de una reglamentación legal, mediante una interpretación extensiva del art. 1321 del Código Civil francés y del art. 1766 del nuestro. Por tal razón, dichos comentaristas suelen criticarles a los mencionados códigos el haber incluido estos artículos en sus respectivos tratados sobre la prueba de las obligaciones, con lo cual, en e! sentir de aquellos, se redujo la problemática de! fenómeno simulatorio a una cuestión probatoria, siendo así que esta es de fondo y debería formar parte de la teoría general de los actos jurídicos.

Pero el reparo es injusto y, además, es históricamente inexacto, porque los aludidos textos sí fueron redactados con un criterio probatorio. Otra cosa es que sus intérpretes se hayan servido de ellos para levantar un andami~je doctrinario, el de la simulación que trasciende de su prístino sentido y de su tenor literal.

155. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. Una vez impuesto en el derecho comÚn europeo el postulado de la consensualidad de los actos jurídicos (solus consensus obligat), ya propugnado por los canonistas medioevales, a manera de reacción contra el formalismo simbolista heredado de Roma, comenzaron a sentirse los efectos que aparejaba la aplicación absoluta e indiscriminada de tal postulado. En efecto, la seguridad y la precisión de los negocios se vio frecuentemente afectada por la mala fe de los contratantes y por el empleo abusivo de la frágil prueba testimonial. En dichas circunstancias la iniciativa privada, propiciada por e! progreso del alfabetismo, introdujo la costumbre de 'consignar por escrito los negocios de alguna importancia. De esta suerte, la pesconfianza en la contratación consensual dio nacimiento a un formalismo; vqluntario en sus orígenes y que posteriormente se trasformó en legal

cuando los ordenamientos positivos exigieron la prueba documental para los negocios de cierto valor.

Tal fue el sistema que prohijaron los redactores del Código Civil francés al exigir la prueba escrita para los actos cuyo valor excediera de cincuenta francos y al descartar, en principio, la prueba testimonial para acreditar las modificaciones o adiciones de ellosH.

Entonces, la simulación, que siempre ha existido, tuvo que atemperarse a este nuevo régimen probatorio. Si los agentes de ella querían desvirtuar los actos celebrados por ellos pÚblicamente y en la forma documental prescrita (lettres) también tenían que recurrir a la misma forma (contre-lettres), so pena de que si uno de los agentes quería prevalerse de mala fe del acto simulado, el otro se encontrase en la dificultad, y aun en la imposibilidad, de probar 1<1 simulación.

Pero el mencionado sistema legal también suscitó otro problema distintO, a saber: al admitir que las partes pudieran hacer valer entre sí sus contraescrituras, se hizo necesario negarles a estas valor probatorio contra los terceros de buena fe que hubieran contratado con dichas partes y con fundamento en las escrituras posteriormente alteradas por ellas. Esta fue la cuestión que confrontó e! art. 1321 de la obra citada y que resolvió así: "las contraescrituras (contre-lettres) no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes; ellas no tienen efecto contra los terceros".

156. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Nuestro Código Civil, adicionado por la ley 153 de 1887, acogió el descrito sistema francés. Los arts. 91 a 93 de esta ley, en consonancia con el 1767 del Código, exigieron la prueba escrita para los actos o contratos de valor superior a quinientos pesos; excluyeron, en principio, la prueba testimonial respecto de la

celebración de los contratos y de sus alteraciones o adiciones; y, con miras a la protección de la buena fe de los terceros, e! art. 1766 del Código preceptuó: "Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pÚblica, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras pÚblicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". Por tanto, segÚn este texto legal, las contraescrituras privadas y aun las pÚblicas desprovistas de los requerimientos pertinentes, no valen como prueba contra los terceros de buena fe. Y esto puede predicarse, no solamente respecto de los actos simulados, sino también de todos aquellos otros casos en que las partes, habiendo celebrado pÚblicamente un acto real, posteriormente hayan resuelto revocado, o adicionarlo, o modificarlo.

157. LA PRUEBA DE LA SIMULA,.CIÓN ENTRE LAS PARTES. Introducido e!formalismo 14gal ad probationem con e! alcance descrito, nuestra doctrina, al igual que la !euiopea, decidió adaptarlo a la teoría de la simulación, con la consiguiente restricción de los medios que en este campo pudieran emplear las partes en una convención o contrato para acreditar su simulación. En síntesis, dicha doctrina concluyó por dictaminar que, como la simulación puede ocurrir en todas las convenciones y contratos, y no solamente en los que consignen por escrito, la prueba de ella entre las partes debe ser de igual fuerza de convicción que la que tiene e! medio empleado para formular la

declaración engañosa. . Entonces, si la convención o contrato se celebró
verbalmente por no requerir la ley la formalidad de un escrito ad solemnitatem, las partes pueden ocurrir a toda clase de pruebas para establecer la simu
lación. Por el contrario, si las partes emplearon la forma escrita por exigida
la ley o porque voluntariamente quisieron hacerla, siendo así que los instru
Inentos públicos y los privados reconocidos o que se han mandado tener por reconocidos hacen plena fe entre dichas partes4:', la insinceridad en las decL raciones contenidas en tales instrumentos solamente puede ser establecid por aquellas mediante probanzas de igual valor, como una contraescritur;
o un principio de prueba por escrito que haga verosímil la simulación
complementado por otros medios, inclusive las declaraciones de testigos, l(
indicios, etc. y, sobre todo, por la confesión judicial de parte "que es la pru(ba por excelencia"4(j.

Vese, por tanto, que esta teoría, en consonancia con las determinaci(nes de los arts. 91 a 93 de la ley 153 de 1887, descartó el testimonio y lo indicios resultantes de este, salvas excepciones, de los medios condllcent< para establecer la simulación entre las partes.

Pero el Código de Procedimiento Civil, vigente a partir del 1 Q de jllli de 1971 (art. 698), expresamente derogó los mencionados arts. 91 a 93 d,
la ley 153 de 1887, o sea que suprimió el formalismo ad probationem cons; grado por estos textos y, consiguientemente la prohibición de ocurrir al test monio y a la prueba indi-

ciaria para acreditar inter partes la simulación de lo actos jurídicos.
Además de la referida derogatoria expresa de los mencionados texto~ dicho estatuto que sustituyó, en general, el sistema de la tarifa legal pre batoria por el de la libre apreciación racional por el sentenciador (art. 187) en punto de la conducencia del testimonio y, por ende, de los indicios den vados de este, dispuso: "Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba d(testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para L existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obli gaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, L
falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará po el juez como un indicio grave de inexistencia del respectivo acto, ameno
que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión" (art. 232).
Del artículo trascrito fluyen claramente las siguientes conclusiones:

a) La prueba testimonial solamente está excluida cuando con ella se pre
tenda sustituir "el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia (validez de un acto o contrato" (se subraya), lo que es una simple aplicación de! formalismo ad solemnitatem que condena a la inexistencia los actos jurídico' en que se haya preterido la forma exigida ad susbstantiam actus;
b) La falta de un documento o de un principio de prueba por escrito solamente constituye indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, ;1 menos que las circunstancias, el valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión; y c) El

precitado indicio grave, como tal, puede ser desvirtuado por otras
prl!e~as id~neas, C?;n~ "l~ ~ecl~ra~ió~ ~e parte, el jur.amento, el dictamen
periCIal, la mspeccIon JudICIal, los mdICIos y cualesquIera (otras) que sean Útiles para la formación del convencimiento del juez" (art. 175).
Así, en lo tocante al tema que nos ocupa, es evidente que suprimido el formalismo ad probationem que restringía la conducencia de los medios probatorios de que podían valerse las partes para acreditar la simulación, hoy día estas gozan, al igual que los terceros, de plena libertad probatoria. Tal es la Última doctrina de la Corte Suprema de Justicia47, con la cual se rectificó la anteriormente sentada por la misma corporación, inexplicablemente después que ya había entrado a regir el actual Código de Procedimiento Civil48.
En fin, a propósito de la falta del escrito que, según quedó dicho, hoy constituye apenas indicio grave de inexistencia del acto, en nuestro tema de la simulación, aún tiene interés la hipótesis del arto 93 de la ley 153 de 1887, que autorizaba la prueba testimonial en "los casos en que haya sido imposible obtener la prueba escrita", ya que la demostración de esa imposibilidad puede desvirtuar el indicio grave de inexistencia del acto, como también de la simulación que no conste en un contraescrito producido por las partes para establecer la insinceridad de la declaración pública. Así, las doctrinas antes elaboradas en torno a la mencionada hipótesis del citado arto 93, tocantes con la imposibilidad física, intelectual o moral, todavía estructuran un criterio para la recta aplicación del arto 232 del Código de Procedimiento Civil.

. La imposibilidad física puede provenir de circunstancias de afán o de gravedad, análogas a las que se presentan en los

casos del depósito necesario, como incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante en que el depositante no puede elegir al depositario. Habrá imposibilidad intelectual, por <:;jemplo, cuando la parte que alega la simulación en una escritura que se firmó a su ruego es analfabeta y, por ello, no podía otorgar ni firmar la contraescritura y tampoco estaba en capacidad de conocer la necesidad en ella4,!. En fin, pueden constituir causales de imposibilidad moral ciertas relaciones entre las partes, que infunden a una de ellas reverencia y temor hacia la otra,
como las que existen entre padres e hijos o entre patronos y trabajadores.

158. LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN ALEGADA POR TERCEROS. Frente alas partes, los terceros gozan de completa libertad probatoria. Ellos no han consentido en la maniobra simulatoria, sino que, por el contrario, han sufrido el engaño fraguado por sus autores. Para los terceros la simulación no es un acto jurídico

que los vincule, sino un hecho ajeno para cuyo estab1cdmiento es necesario concederles la más amplia libertad probatoria, especialmente si se tiene en cuenta que sería inusitado que ellos estuviesen premunidos de una prueba escrita de la maniobra simulatoria, como sería poco probable que lograsen la confesión de las partes, precisamente interesadas en ocultarla. De ordinario los terceros tienen que recurrir a otros medios, como el testimonio y los indicios que combaten la simulación en su mismo terreno"o.
A este último propósito, como la especial protección que se les otorga a los terceros contra la simulación presupone la buena fe de estos, algunos han opinado que siendo así que la

presunción de buena fe se ha establecido por la ley, a manera de excepción para la posesión51, el tercero que impugne la simulación debería probar su buena fe para obtener tal protección5~. No compartimos esta tesis; la buena fe de los terceros en punto de la simulación consiste en el desconocimiento de la maniobra urdida por las partes, circunstancia esta que, de ser alegada, constituye una negación indefinida que no requiere ser probada, sino que, por el contrario, debe ser desvirtuada por la otra parte que, entonces, tiene que probar que el tercero sí tenía conocimiento de la simulación53.

159. LA PRUEBA DE L\ SIMUlJ\CIÓN ALEGADA POR LOS HEREDEROS. Dicho está que en nuestro ordenamiento jurídico estos son los únicos causahabientes universales de las partes, como también que, frente a la simulación realizada por sus causantes, pueden ocupar posiciones distintas, según que pretendan impugnarlas como continuadores de la personalidad de estos o que lo hagan en su propio nombre y para hacer valer un derecho que les haya sido concuIcado. Si lo primero, vale decir, si los herederos obran en defensa del patrimonio relicto de su causante, como este habría podido hacerla en vida, por ejemplo para establecer,que la venta de confianza se enderezó a sustraer ficticiamente un bien dei su patrimonio y que el seudo-comprador, defraudando esa confianza, prbtehde haber adquirido realmente, entonces esos herederos actores son considerados y tratados como partes. Pero si ellos impugnan la simulación, con fundamento en que la venta de confianza realizada por su causante ha perjudicado las asignaciones forzosas que por ley les corresponden, tienen la calidad y el tratamiento de terceros54. y este régimen sustancial relativo a los herederos también repercute en

el ámbito probatorio de la simulación, según las reglas y principios ya expuestos.

160. REMISIÓN. Para la mejor inteligencia de las diferencias que existen entre la acción de simulación y la acción pauliana, conviene diferir este tema para después que se haya estudiado la acción últimamente mencionadas5.

---

44 Véase núm. 263, infm.
45. Código de Procedimiento Civil, arts. 264 y 279.
46 Casación del 30 de septiembre de 1936, "G.J.", t. XLIII, pág. 830.
47 Casación del 25 de septiembre de 1973, "G.J.", L CXLVII, págs, 61 y ss. 4" Casación del 23 de agosto de 1972, "G.J.", t. CXLIII, págs. 96 y ss.
48 FERRARA, ob. cit., pág. 931.
49 Ibídcm, pág. 397.
50 Código Civil, arto 769.
52 Sic. CARlOTA FERRAR,\, ob. cit., pág. 450. 5~ C. de P. C., art. 177.
r... Véase núm. 138, supra.
C,5 Véanse núms. 605 y ss., infm.

SECCIÓN III

EL CONSENTIMIENTO DISTINCIONES Y CONCEPTOS

161. DISTINCIONES PRELIMINARES. Una vez más repetimos que la voluntad real de los agentes es requisito esencial para la existencia de todo acto jurídico.

Ahora bien, cuando el acto es unipersonal simple, como el otorgamiento de un testamento o la aceptación de una asignación sucesoral, es claro que dicho requisito queda cumplido cuando el agente Único ha manifestado su voluntad, igualmente Única, de celebrar ese acto. El testamento se forma por la declaFación de la voluntad del testador y la asignación sucesoral queda aceptada por la que hace e! asignatario.

Pero, respecto de los actos uniPersonales comPlejos, como los acuerdos de los órganos colegiados de las personas jurídicas, y respecto de las convenciones, como los contratos, el problema de su formación es más complejo, pues estas clases de actos no solamente suponen la manifestación de la voluntad de todos y cada uno de quienes intervienen en ellos, sino también el concur
so, o sea, la convergencia y la unificación de tales voluntades individuales (no de las simples declaraciones de ellas) en un solo querer. Así, la existencia del acuerdo de una asamblea de socios depende de que los votos individuales emitidos en su favor concurran a formar el quórum decisorio requerido por
la ley o el estatuto. y un contrato de compraventa se perfecciona por la concordancia de las voluntades manifestadas por el vendedor y el comprador: no basta que aquel declare su intención de enajenar una cosa por cierto precio, sino que también es necesario que el comprador adhiera mediante la incorporación al negocio de su voluntad de adquirir la misma cosa y por el mismo precio.

162. EL CONCEPTO DEL CONSENTIMIENTO Y SU PROBLEMATiCA. El precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unipersonales complejos)
es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión consentimiento (del latín cum sentire), que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (in idem pla
tlon) .
En el lenguaje vulgar, consentir también significa adherir unilateral y voluntariamente a algo, y en este sentido el art. 1502 del Código Civil dice que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesano: ...que consienta en dicho acto o declaracion y su consentimiento no adolezca de vicio". De manera que, segÚn esta acepción vulgar, las voces consentimiento y voluntad son sinónimas, y es tal el imperio de su uso in\-eterado que, a sabiendas de incurrir en impropiedad técnica, los juristas cometen frecuentemente esta equivocación.
De lo dicho antes se desprende que la problemática del consentimiento, propiamente dicho, no se reduce exclusivamente a la valoración de las voluntades individuales, como elemento interno de todo acto, ni de las respectivas declaraciones o elemento externo, ni de las relaciones entre unas y otras, sino que dicha problemática supone otra serie distinta de cuestiones que se suscitan con ocasión de la convergencia y de la fusión, si así podemos decido, de las actuaciones personales de los agentes~.
163. ADVERTENCIA. En los capítulos siguientes abocaremos el estudio de las cuestiones específicas mencionadas

últimamente, advirtiendo que habre1110S de analizarlas, exclusivamente, en relación con las convenciones, porque aunque las conclusiones de tal estudio son aplicables en su gran mayoría a la disciplina de los actos un iPerson a les complejos, estos también presentan características particulares que les imprimen ciertas instituciones, como las que se refieren a la organización interna de las personas jurídicas, a los varios tipos de ellas, etc. Por lo tanto, la consideración de estos aspectos particulares mejor corresponde al estudio de esas instituciones que a la teoría general de los actos jurídicos.

I ULPIANO, Conventio est duorum pluriumve in idem placitum eonsensus, libro 1, par. 2,
DIgesto, IÍt. 14, De flaetis, libro 2.
2 ULPIANO, Convenire dieuntur qui ex diversis animi motibus in unum consentium, id est inIlnam sententiam decur/lnt, libro 1, par- 3, Digesto, IÍt. 14, De paetis, libro 2.

CAPÍTULO II

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LAS CONVENCIONES CONSENSUALES

1. El proceso y su régimen legal

164. LA RESEÑA DEL PROCESO. Si el consentimiento consiste en "el concurso real de las voluntades de dos o más personas"l, es obvio que este requisito específico de las convenciones solamente existe en el momento en que todas y cada una de tales personas han manifestado sus voluntades convergentes
hacia un mismo querer (in idem placitum consensus), lo que natural y lógicamente supone, a lo menos, la sucesión de dos actos simples: la j}ropuesta y su aceptación. Es necesario que uno de los interesados le proponga a otro u otros la celebración de la convención y que este o estos, a su turno, manifiesten que están de acuerdo con tal propuesta y que adhieren a ella. Así, el en
cuentro y la unificación de la propuesta y su aceptación es lo que genera el consentimiento.
Ahora bien, en la práctica puede ocurrir que el acuerdo de las voluntades de los interesados en la celebración de una convención o contrato implique un dilatado proceso en su formación. Así, en los negocios en que dos o más personas han de constituir una sola parte oferente, como los copropietarios que desean vender el bien común, es natural que uno de estos debe comenzar por proponerles a los otros que formulen conjuntamente la oferta respectiva. Y logrado este acuerdo unilateral, de ordinario sucede que tal oferta primitiva sufra modificaciones por iniciativa de sus destinatarios,
e inclusive que al resultado final solamente se llegue después de numerosas propuestas y contrapropuestas. Sin embargo, por complicado que sea este proceso en la realidad, siempre se puede reducir lógicamente a los dos elementos simples enunciados antes, puesto que el acuerdo de las voluntades

tiene que realizarse, en último análisis, en virtud de la aceptación pura y sim
ple de la última propuesta, bien sea que esta se presente en un solo acto, bien sea que se encuentre fragmentada en varios actos distintos.
165. LA LEY PERTINENTE. Nuestro Código Civil, lo mismo que el francés, guarda silencio acerca de la formación del consentimiento en las convenciones y los contratos. No así nuestro Código de Comercio, cuyos arts. 845 a 864 oosagran las normas al respecto, por cierto en forma notoriamente infortunada, según lo puntualizaremos al comentarlas. Los mencionados artículos de la-legislación mercantil son aplicables por analogía en materia civil2.

II. La propuesta

166. CONCEPTO. Genéricamente, la propuesta se puede definir como la invitación que una o más personas hacen a otra u otras a celebrar una convención.

167. OFERTA y POLICITACIÓN. La propuesta de celebrar una convención puede estar dirigida a persona o personas determinadas, o al público en general, vale decir, a cualesquiera personas indeterminadas que quieran celebrar el negocio, como las propuestas contenidas en catálogos, circulares, notas de precios corrientes, prospectos; las exhibiciones que los comerciantes hacen en las vitrinas y mostradores de sus establecimientos; el ofrecimiento de premios y recompensas a quien cumpla ciertas condiciones, las subastas y licitaciones, etc. Ultimamente la doctrina tiende a reservar la denominación de oferta a la propuesta a personas determinadas y la de policitación a la que se dirige al público en general. Se ende-

reza esta nomenclatura a perfilar la distinción entre las mencionadas clases de propuestas, de ordinario para aplicarles tratamientos diferenciales. La preceptiva no muy coherente de nuestro Código de Comercio se ubica en esta última posición y, por tanto, impone la consideración por separado de la oferta y de la policitación.

A) La oferta

168. CONCEPTO. Conforme a lo anteriormente expuesto, la oferta es la propuesta o invitación que una o más personas formulan a otra u otras personas determinadas a celebrar una convención.

169. CONTENIDO DE LA OFERTA. La oferta debe contener, a lo menos, las condiciones esenciales del negocio (essentialia negotii), o sean, aquellos elementos sin los cuales el negocio no puede existir o degenera en otro negocio distinto~. Para que la convención pueda formarse mediante la aceptación pUra y simple de la oferta, es necesaria la observancia de este requisito exigido por la ley4, pues si el destinatario tiene que introducirle a su aceptación adiciones, modificaciones o condiciones, tal aceptación constituye una nueva oferta".

170. FORMAS DE U.. OFERTA. Según la doctrina tradiéional, la oferta puede ser expresa o tácita. Es expresa la que se formula en términos explíci.tos, verbales o escritos. Así, una conversación personal; telefónica o por radIO, y una carta o telegrama, son medios aptos por excelencia para formular una oferta expresa. Hay oferta tácita cuando la invitación que la constituye se realiza mediante hechos cuya ejecución permite inferir la voluntad de proponer una convención, como cuando el arrendatario le ofrece al arrendador pagarle cánones poste-

riores a la terminación del contrato, hecho este que inequívocamente implica la intención de prorrogar dicho contrato.

171. COMUNICACiÓN DE L'\ OFERTA. El Código de Comercio también exige que la oferta sea comunicada al destinatario, y declara que "se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquieT medio adecuado para hacerla conocer del destinatario"';.

Nótese -porque esto incide en el cómputo de los términos de duración de la oferta y en el perfeccionamiento de la convención respectiva- que el texto trascrito no requiere, para que la oferta comience a producir sus efectos, que el destinatario la conozca, sino solamente que el oferente emplee un medio idóneo para comunicársela, como 10 sería una carta o telegrama, consagrándose así el sistema de la expedición y no el de la información, sistemas estos que trataremos ampliamente.

172. L'-\ DURACIÓN DE L'-\ OFERTA. Por su propiZl. naturaleza, la oferta no puede ser un acto de duración indefinida. Numerosos problemas y litigios se suscitarían, con menoscabo de la seguridad comercial, si la suerte de las ofertas y de las convenciones se dejara sometida al capricho de los destinatarios de aquellas, permitiéndoles aceptarlas o rechazarlas cuando a bien lo tuvieren.

Desde luego, corresponde al oferente conjurar estos peligros, por cuanto a él lo amenazan de inm<pdiato, 10 que puede hacer mediante la facultad que le confiere la autonomía(della voluntad contractual de fijar, él mismo y según su mejor conveniencia, l'a dÚración de la oferta/. Pero, en caso de que así no 10 haga, que guarde silencio al respecto, le corresponde al legislador llenar este vacío en aras del interés por la seguridad y certeza de! tr<i.fico comercial. Tal es lo que hace el Código de Comercio, cuyos arts. 850 y 851 distinguen, para ese efecto, entre la oferta verbal y la escrita.

Respecto de la primera, dispone el art. 850 que debe ser aceptada en el acto de oírse por la persona a quien se dirige. Esta disposición contempla la hipótesis de que los interesados se encuentren presentes en un mismo sitio y que uno de ellos le proponga de palabra al otro la celebración del negocio; pero también encuadra en la referida hipótesis la oferta que se formula en conversación telefónica (o por radio, agregamos, aunque el Código omite este medio de comunicación oral) entre personas residentes en el mismo lugar o en lugares o países distintos, pues la oferta también es verbal y puede ser contestada en el acto de oírse, que son los dos presupuestos que condicionan la aplicación de la norma legal comentada.
En 10 tocante a la oferta escrita, e! Código distingue, según que los interesados residan en el mismo lugar o en lugares distintos. Dispone elart. 851: "Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar de! proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia". Y agrega e! art. 852: "El término de la distancia se calculará según e! medio de comunicación empieado por el proponente".
Como se ve, e! art. 851 toma "la fecha que tenga la propuesta" como punto de partida para el conteo de! término de seis días de duración de la oferta, y esto ha generado la duda de si este término quedaría recortado o vencido en el caso de que el oferente fechase una carta-oferta y demorase uno o varios días su expedición, 10 cual podría interpretarse como el señalamiento voluntario de un término inferior al legal (art. 853). Estimamos nosotros que esta imprecisión queda superada si se tiene en cuenta, como ya quedó dicho, que e! Código consagra el sistema de la expedición (art. 845), de donde se concluye que el punto de partida para e! cómputo del

término que se examina no es el de la fecha del escrito, sino e! de la fecha de su remisión.
Por la razón últimamente expuesta, d art. 851 implica, además, contra
dicción con el incoherente arto 864, ibídem..
En efecto, según este último texto, el contrato "se entenderá celebrado en el lugar de residencia de! proponente y en e! momento en que este reciba la aceptación de la propuesta". Pretendiose consagrar así el sistema de la recejJCión para el perfeccionamiento de las convenciones, que consiste en f~ar como. mon:ento de dicho perfeccic~nariento e! del arribo de l~ aceptación a la resIdenCIa del oferente, aunque este no se haya enterado o mformado de dicha aceptación. Pero, a renglón! seguido, agrega el mismo art. 864: "Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando e! destinatario [léase de la oferta] prueba la remisión de eUa dentro de los términos fúados por los artículos 850 y 851"g. Así, borrando con el codo 10 escrito con la mano, este inciso rechaza contradictoriamente el sistema de la recepción y 10 sustituye por el de la expedición de la aceptación, que es el que, a la postre, parece primar en e! confuso pensamiento del legislador.
Entonces, si esto es así, si la convención se perfecciona por la expedición de la respuesta dentro de los seis días señalados por e! art. 851, "e! término de la distancia" adicional, que sí jugaría algún papel en el sistema de larecepción, resulta traído de los cabellos en el sistema de la expedición. En efecto, si la
oferta se entiende comunicada al destinatario y si se presume recibida por.
este desde que el oferente la exPide, carece de sentido entrar en cuestiones
tan vagas Y problemáticas, como la de averiguar cuál ha sido la posible

duración en la llegada de ella al domicilio del destinatario; o a la inversa, si conforme al art. 864, se presume que el oferente recibe la aceptación cuando
el aceptan te pruebe su remisión, sistema de la expedición, es contradictorio
colocar a los jueces en la incertidumbre acerca de la fecha de llegada de aque
lla, sistema de la recepción.
Agrégase a lo dicho que el legislador no entendió lo que es el término
de la distancia. En épocas ya lejanas, cuando los medios de comunicación
eran difíciles y demorados, se estableció el término de la distancia con el objeto de ampliar ciertos plazos, especialmente en materia procesal. Así, nuestro
Código Judicial de 1931 lo consagró (art. 373), determinando para su cóm
puto el de un día por cada miriámetro (10 kilómetros). El actual Código de
Procedimiento Civil suprimió esta institución, habida cuenta de la rapidez
que han alcanzado esos medios de comunicación: numerosos y expeditos
trasportes terrestres, aéreos y marítimos, telégrafo, teléfono, radio, télex,
etc.
Pero el Código de Comercio ha revivido esta anacrónica institución,
con la agravante de que olvidó precisar el cómputo del término de la distancia que, como su sola denominación lo indica, consiste en señalar un lapso de tiempo por cada unidad de medida de la distancia geográfica entre dos puntos. La distancia entre Bogotá y París es siempre la misma y por ello

es absurdo decir, como lo hace el art. 852, que esta varía según los medios de comunicación empleados por cada oferente: correo ordinario o aéreo, cablegrama o radio grama, télex, etc. Mas la cuestión no solamente es teórica, sino de gravedad práctica, porque le deja al juez el difícil problema de precisar por cuantos días, horas o minutos se ha prorrogado en cada caso el térmi
no de seis días de duración de la oferta.

B) La obligatoriedad de la oferta

173. PRECISIÓN DEL TEMA. Definida la oferta como la invitación que se formula a la celebración de un negocio, se comprende que esta es un acto unipersonal simple o colectivo, que se forma con la sola voluntad del oferenteu oferentes y al cual únicamente se viene a sumar con posterioridad, en el momento de concluirse la convención propuesta, la voluntad de los destinatarios.

Pues bien, el tema que se trata consiste en decidir si, antes que la oferta sea aceptada por su destinatario, el proponente ha contraído o no obligaciones a su cargo y en favor de aquel. Con otras palabras: la pregunta clave del problema es si la sola voluntad del oferente tiene o no aptitud para vincularlo jurídicamente al destinatario. La respuesta que se le dé a este interrogante determina las soluciones que habrán de darse a otros importantes y consecuentes problemas, a saber: si el oferente tiene o no la facultad de retractarse antes de la aceptación de su prppuesta; si, al hacer esto último, incurre o no en responsabilidad civil y a qué clase pertenecería esta; y si la oferta caduca o no por la muerte o la incapacidad del oferente acaecida antes de la aceptación.

Este complejo temario ha dado lugar a dos grandes corrientes doctrinales: la clásica francesa que, por principio, niega

categóricamente la obligatoriedad de la oferta, y la tendencia moderna que, por el contrario, afirma dicha obligatoriedad.
174. L-\ TEORÍA DE LA NO OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA. Esta es parte, o me
jor dicho, es una de las varia", aplicaciones de la doctrina clásica francesa que, fundada en un principio de pronunciado sabor racionalista, que se suele enunciar diciendo que "nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad", niega la eficacia jurídica de todos los actos uniPersonales o unilaterales, y, especialmente, los excluye del catálogo de las fuentes de las obligaciones. Como toda obligación supone un derecho crediticio correlativo en favor de persona distinta de la obligada, derecho cuya adquisición requeriría, según el citado principio, la aceptación voluntaria del adquirente, no sería admisible que un acto unipersonal o unilateral pudiera, por sí solo, ser obligatorio, ni'siquiera para el propio agente de él, porque lo contrario equivaldría a imponerle a persona distinta el derecho correlativo.
En relación con la oferta, POTHIER discurre así, palabras más, palabras menos: de la propia manera que yo no puedo trasferirle a otra persona un derecho sobre mis bienes por mi sola voluntad y prescindiendo de su consentimiento, tampoco puedo, mediante una promesa mía, conferirle a alguien un derecho contra mi persona, mientras su voluntad no concurra a adquirirlo, es decir, mientras mi promesa no sea aceptada!).
De aquí que la doctrina clásica francesa, al acoger el pensami~nto de POTHIER, haya declarado la caducidad de la oferta por la muerte o la incapacidad del proponente y que también le reconozca a este la facuItad de arrepentirse, siempre y cuando que cualquiera de tales hechos ocurra antes de la aceptación de dicha oferta, no después, porque esta aceptación produce el perfeccionamiento de la convención, que pasa a ser una ley para las partes.

De suerte que la esencia de la teoría clásica francesa consiste en negar categóricamente la obligatoriedad de la oferta, aunque, al hacerla, el oferente haya querido contraer un compromiso para con el destinatario.
No obstante la precitada posición extrema, determinada, como queda dicho, por discutible principio filosóficojurídico, la propia doctrina y la junsprudencia francesas, ante las consecuencias inequitativas que podrían derivarse en contra del destinatario de la oferta, se han visto en la necesidad de introducirlé a la teoría un importante temperamento. Así, han resuelto que la retractación de la oferta que esté acompañada de un plazo expreso para aceptarla compromete la responsabilidad del oferente cuando tal retractación le ocasiona perjuicios al destinatario.
Pero, se pregunta: negada la obligatoriedad de la oferta, ¿cuál puede ser el fundamento jurídico de la responsabilidad que apareja su retractación? En otros términos: teniendo el proponente pleno derecho de arrepentirse de su oferta antes que esta sea aceptada por la persona a quien se dirige, ¿cómo se puede deducir responsabilidad a cargo de aquel por el ejercicio de esa facultad que se le reconoce? Varias explicaciones proponen los partidarios de la teoría clásica francesa, todas las cuales convergen hacia el campo de la responsabilidad civil aquiliana.
La responsabilidad de! proponente que se retracta se funda en e! postulado general de derecho, conforme al cual "nadie debe sufrir perjuicio por la culpa ajena" (nemo ex alteria culPa jffaegravari debet), postulado que se traduce en el establecimiento de una obligación general de diligencia y cuidado a que toda persona que vive en sociedad debe subordinar su conducta para evitar que con ella se ocasionen perjuicios a otras personas. Así, pues, negando la obligatoriedad de la oferta, los expositores de esta tesis, siguiendo a

POTHIER, le han atribuido a la responsabilidad de! proponente que se retracta un fundamento cuasidelictual, argumentando como sigue: si alguien formula una oferta a otra persona, bien puede arrepentirse antes que esta manifieste que la acepta, porque la oferta no es obligatoria y, por consiguiente, el proponente tiene e! derecho de arrepentirse. Pero, al proceder así, dicho proponente no debe olvidar que es obligación suya evitar que su conducta ocasione perjuicios a la persona a quien ha dirigido su oferta. De manera que si quiere evitarse todo reproche, antes de retirar la oferta debe asegurarse de que ella todavía no ha dado lugar a que e! otro interesado haya comenzado a prepararse para la convención propuesta, haciendo gastos y tomando medidas que, a la postre, le resulten peIjudiciales, caso de no celebrarse dicha convención. Proceder de otra manera es obrar a ciegas; retirar una oferta sin saber si este acto será indiferente o peIjudicial para e! otro interesado, equivale a incurrir en culpa manifiesta. Ante la necesidad o e! capricho de desligarse de su oferta, el proponente sacrifica a su adversario yIo expone a ser víctima de su versatilidad. De suerte que, aunque la oferta no sea obligatoria, aunque quien la formula tenga e! derecho de retirarla antes de la aceptación, su responsabilidad civil se configura clara y naturalmente en la culpa extracontractual o aquiliana (de la Lex Aquilia) en que incurre al no obrar con la diligencia y e! cuidado necesarios para no perjudicar al destinatario lO.

175. LA TEORÍA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA. Esta teoría, principal y vigorosamente sustentada por la doctrina alemana, ha logrado imponer~e y recibir consagración legislativa en la mayoría de las codificaciones de derecho privado del presente siglo y en algunas anteriores 11.

Como ya sabemos, la doctrina clásica francesa, fundándose en el supuesto principio de que "nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad", niega la obligatoriedad de todo acto unipersonal o unilateral, como lo es la oferta. Ahora bien, tal principio, corolario de la falsa idea racionalista, según la cual la voluntad privada sería la fuente suprema y la fuerza creadora de todos los efectos jtfrídicos, ha sido superado por e! pensamiento contemporáneo: reducida dicha voluntad privada a su natural subordinación a las normas e instituciones jurídicas, el referido principio ha quedado despo
jado de la pretendida validez absoluta que se pretendió atribuirle. Además, en la tradición inveterada de! derecho occidental, desde la época romana hasta nuestro días, oscurecida por el pensamiento racionalista, ha sido extensa la lista de los actos jurídicos unipersonales o unilaterales legalmente dotados de valor normativo. Sin ir más lejos, nuestra legislación nos ofrece ejemplos tales como los del testamento, de la aceptación de una asignación sucesoral, de la agencia oficiosa y de otros tantos actos que encajan dentro de esa figura del hecho voluntario lícito de la persona que se obliga, expresamente erigida por la ley en fuente de obligaciones e impropiamente denominada el cuasicontrato y que es, ni más ni menos, que e! compromisouniPersonal o unilateral'~ .
En lo referente a la oferta existen razones muy poderosas para justificar su inclusión en la lista de los actos unipersonales obligatorios. La iniquidad de la solución contraria se hace patente en la explicación que de ella da LAURENT: "La voluntad del hombre es ambulativa; no tiene que dar cuenta a nadie de su cambio de voluntad, porque esta no ha dado derecho a nadie"I~. Esta sola declaración hace todo e! proceso de esa teoría que, inspirada en las utopías del racionalismo y volteándole la espalda a la realidad jurídica y a la ~quidad, niega la obligatoriedad de la oferta. Cabalmente, porque la

voluntad del hombre es "ambulativa"; porque la avidez y e! egoísmo frecuentemente son el motor de las actuaciones individuales, se explica la imperatividad coercitiva del orden jurídico, mediante la cual este les impone a sus súbditos el respeto del interés general, como también el de los legítimos intereses cuenos. .

De otro lado, las transacciones privadas desempeñan papel importantísimo en el d~sarrollo de la vida social. El intercambio de los bienes y de los servicios es el medio preferentemente empleado para la satisfacción de las necesidades de los asociados. Por ello, e! derecho no puede desentenderse de ese tráfico comercial, dejando la seriedad y la se'guridad de este entregadas al arbitrio caprichoso o "voluntad ambulativo." de los particulares. Debe exigir que quien interviene en una convención cualquiera, llámese oferente o aceptan te, obre a sabiendas de que dicho negocio no tiene por objeto exclusivo procurarle a él su personal satisfacción, sino que también afecta, probablemente de manera importante, a las demás personas que intervie nen en su celebración. Si aquel no 10 comprende así, si espontáneamente no se considera ligado por una actuación suya que nadie le exige, pero que indiscutiblemente realiza con el ánimo característico de las que se cumplen en el campo de la autonomía de la voluntad, o sea, con el de participar en la regulación jurídica de las relaciones sociales, entonces le corresponde al propio legislador imponerle la obligatoriedad de esa actuación y todas las consecuencias que derivan de ella.

Nótese que lo anteriormente dicho se predica indistintamente respecto del oferente y del aceptan te, porque en el terreno en

que nos hemos situado, no se pueden establecer diferencias de tratamiento entre uno y otro. La falta de lógica de la teoría clásica francesa a este respecto salta a la vista, porque le niega categóricamente toda obligatoriedad a la oferta, pero no se la discute a la aceptación del destinatario de ella. En este orden de ideas, supongamos que sea cierto que quien formula una oferta todavía no tenga voluntad de obligarse (animus obligandi) y que, si acaso la tuviera, la ley debería desconocérsela, so pretexto de que con ella pretende conferirle derechos al destinatario, sin contar para nada con la voluntad de este. En ese caso, se pregunta: ¿por qué la aceptación, que también es un acto unilateral del aceptante, hace que esa oferta adquiera una fuerza obligatoria que antes no tenía y contribuya a formar una convención, de la cual ya no se puede desligar ninguna de las partes? ¿No será, quizá, que la pretensión de negar la obligatoriedad de cualquiera de los elementos simples que intervienen en la formación de las convenciones obedece al olvido de lo que la ciencia jurídica y el sentido común siempr~ hqn entendido por convención y por contrato: un acto realizado por dos o más personas y cuyo vigor normativo o fuerza de ley
deriva precisamente de la voluntad de obligarse que cada una de ellas abriga al emitir su consentimiento (conventio est duorum pluriumve in ídem placitum consensus)? .

Pero, además de la lógica, de la historia y de las exigencias de seriedad y seguridad en el comercio, la justicia que debe reinar en todas las relaciones entre los particulares también reclama el reconocimiento legal de la obligatoriedad de la oferta. Quien recibe la propuesta de un negocio, puede considerarla conveniente para sus intereses; puede desistir de otros proyectos que también le son ventajosos; puede tomar medidas y hacer gastos para ponerse en condiciones de cumplir el negocio propuesto; etc. O mejor dicho, queda expuesto a

sufrir perjuicios más o menos graves, si el proponente no se allana a hacer honor a su palabra, so pretexto de que al formular la oferta no entendió obligarse.

Como ya lo sabemos, los partidarios de la teoría de la no obligatoriedad de la oferta responden a este último argumento diciendo que su sistema no se opone al equilibrio que debe existir entre las pretensiones legítimas de los interesados, puesto que dicho sistema también le ofrece al destinatario burlado un remedio jurídico para el daño que sufra. Le otorga contra el oferente versátil la acción de resarcimiento de los perjuicios que se le hayan irrogado.

En nuestro sentir, esta solución últimamente mencionada no se compadece con la organización jurídica. La función primordial del derecho, más que en remediar entuertos, consiste en prevenirlos y, por tanto, es preferible establecer la obligatoriedad legal de la oferta, con la que se le permite al destinatario que la acepta oportunamente usar en primer término de la acción de ejecución coactiva de las prestaciones que surgen de la convención, con lo cual es muy probable que logre evitar los perjuicios que le pueda ocasionar el incumplimiento de aquella, en vez de tener que esperar a que estos perjuicios se produzcan para buscar luego la tardía reparación de ellos. La función tutelar de los derechos privados por parte del Estado debe comenzar por la protección directa de esos derechos, evitando que sean conculcados, y si esto no se logra, entonces sí es el caso de aplicar remedios subsidiarios y ex post

Jacto, como lo es la sanción indemnizatoria contra el infractorl4.

En conclusión: la teoría de la obligatoriedad de la oferta por cualquier lado que se la mire, se impone racional y jurídicamente, lo que explica el creciente éxito que ha logrado en la doctrina moderna y en el campo legislativo, inclusive en

Francia, donde, a falta de ley, cuenta con,numerosos adeptos y hasta con la propia sanción jurisprudenciaps.

Ahora bien, las consecuencias que naturalmente derivan de esta teoría de la obligatoriedad de la oferta, son las siguientes:

1) Si la oferta es obligatoria, el proponente no puede retractarse de ella antes del vencimiento del término de su duración, señalado pOf él o por la ley.

2) La oferta no caduca por la muerte o por la incapacidad del proponente, sobrevenida cualquiera de estas durante el mencionado término. En caso de muerte, la obligación a cargo del proponente se trasmite a sus herederos.

3) En fin, si la oferta es aceptada oportunamente, o sea, dentro del término de su duración, la convención propuesta queda formada y produce la plenitud de sus efectos propios. Así, si el oferente no cumple las prestaciones que fueron materia de la oferta y que ya lo son de la convención, la otra parte puede pedir la <,;jecución coactiva de las prestaciones y, subsidiariamente, puede exigir la indemnización de los perjuicios que haya sufrido, todo ello conforme a los principios generales.

176. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. El Código de Comercio consagra el sistema de la obligatoriedad de la oÍerta, pese a la redacción contradictoria o, a lo menos, ambigua del art. 846 de dicha obra. Según ya quedó expuesto, las dos consecuencias ineludibles del mencionado sistema son, a saber: a) la irrevocabilidad de la oferta durante el término señalado por el proponente o, en su defecto, dentro de los términos legales supletivos; y b) La vigencia de la obligatoriedad de la oferta, no obstante la muerte o la incapacidad del proponente ocurridas dentro de tales términos.

a) El inciso primero del art. 846 del Código de Comercio preceptúa: "La propuesta será irrevocable. De consiguiente,

una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so per.a de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario". Como se observa, la primera proposición del texto trascrito establece terminantemente el sistema de la irrevocabilidad de la oferta: "La propuesta sera irrevocable", o sea que, una vez comunicada
al destinatario, mediante el empleo de un medio adecuado para hacerla conocer de este, segúq lo' declarado por el art. 845, ibídem, el proponente ya no puede retractarsie d,e ella dentro del término de su caducidad, o sea, dentro del plazo concedido al destinatario por el propio proponente o, en subsidio, por la ley, para que aquel decida si la acepta o no. Sin embargo, la segunda proposición del texto comentado sugiere la idea de que el proponente sí puede retractarse, quedando entonces sujeto a la obligación de indemnizar los perjuicios que le cause al destinatario por esta retractación, como sucede en el caso de estipulación de arras, que autoriza a los contra
tantes para retractarse perdiendo el valor de dichas arras (ibídem, art. 866). O dicho en otra forma: interpretada literalmente la segunda proposición del citado arto 846, a cuyo tenor: "De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario", resultaría que, tal como ocurre en el sistema de la no obligatoriedad de la oferta, el proponente sí podría arrepentirse antes que esta sea aceptada, sujetándose al pago de los gastos y perjuicios del destinatario.

Pero esta notoria discrepancia debe achacarse, más que a contradicción del legislador, a un defecto de redacción, pues el propio artículo, en su inciso segundo y en consonancia con la primera proposición del inciso primero, reafirma el vigor

obligatorio de la oferta, al excluir la muerte y la incapacidad del proponente como causales de caducidad de la oferta. Además, el art. 847 corrobora esta solución al declarar la obligatoriedad de 1 a propaganda escrita dirigida a persona determinada y acompañada de una nota que no configure una circular.

Bien sabido es que el incumplimiento de un acto jurídico obligatorio genera en favor del acreedor la acción de cumplimiento y, subsidiariamente la indemnizatoria de perjuicios. Por tanto, establecida por el Código la obligatoriedad de la oferta en la forma dicha, la segunda proposición del art. 846 debe interpretarse en el sentido de que, sin excluir la acción de cumplimiento del destinatario de la oferta que la haya aceptado dentro del plazo de ella, dicho aceptante también tiene la acción subsidiaria de indemnización. Salta entonces a la vista el error de redacción que se apunta, pues si la oferta es aceptada temporáneamente, tanto la acción de cumplimiento como la indemnizatoria que tiene el aceptante, derivan del contrato ya formado y no de la simple oferta.

b) Reza el inciso segundo del comentado arto 846: "La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria". Por tanto, en caso de la muerte del proponente, la obligación contraída por este se trasmite a sus herederos, según las reglas generales al respecto. Y, en el caso de incapacidad del proponente, dicha obligación perdura y debe ser cumplida por quien legalmente lo represente.

C) La policitación

177. CONCEPTO. Según quedó explicado, la tendencia doctrinaria actual es la de reservar la voz policitación para denotar la propuesta de negocio dirigida al público en general, vale decir, a personas no determinadas individualmente.

178. NATURALEZA DE LA POLICITACIÓN. La distinción entre la oferta a persona determinada y la policitación se endereza a establecer regímenes diferentes para estas dos figuras. Así, preponderando en la doctrina contemporánea la tesis de la obligatoriedad de la oferta, con sus ya descritas consecuencias de la irrevocabilidad de esta y de la no caducidad por la muerte o la incapacidad del oferente, dentro del término de duración de dicha oferta, se considera que la policitación, salvo el caso de que implique claro compromiso de parte del proponente, es una simple invitación general para que cualquier interesado formule una oferta ya concretalh.
Estimamos nosotros que esta opinión, además de ser la que racionalmente satisface, es también la que consulta mejor la realidad de las prácticas comerciales. Obviamente, por ejemplo quien distribuye circulares o catálogos de precios, o exhibe mercancías en una vitrina, o inserta en la prensa aviso de su intención de vender un objeto determinado, etc., apenas si pretende comunicar su propósito de entrar en negociaciones concreta.5 con la persona o personas interesadas en el anuncio o aviso, y solo al iniciarse estas negociaciones se presentaría la oportunidad de entrar a decidir si cada una de las partes abriga ya el ánimo de obligarse (anirnus obligandi), que es el determinante de la eficacia de los actos jurídicos. Otra cosa completamente distinta sucede cuando la policitación u oferta al público o a persona indeterminada, o como se la quiera llamar, implica claramente que quien la hace sítiene

ya ese ánimo de obligarse o comprometerse en favor de la persona o
personas que se coloquen concretamente en la situación de hecho prevista en ella, como cuando se promete una recompensa a quien entregue un objeto perdido o un premio a quien gane un concurso artístico, etc. Por consiguiente, si es esta la oportunidad de pensar ya en la protección adecuada a quien quedaría expuesto a sufrir perjuicios al realizar los esfuerzos necesarios para cumplir los requisitos exigidos por el policitante.
Con fundamento en las anteriores consideraciones, la reglamentación legal de la policitación debe prescindir de todo casuismo y consagrar simplemente el principio de que esta no es obligatoria, a menos que el policitante, al hacerla claramente manifieste su voluntad de corpprometerse en favor de quien la aceptel7.

179. POLICITACIÓN SIMPLE y COMPROMISORIA. Lo últimamente expuesto sirve de criterio para la clasificación entre simple policitación, que es la invitación a personas indeterminadas a formular ofertas respecto del negocio de que se trata, y la policitación comprornisoria, en la cual el policitante se obliga
de antemano a aceptar la oferta que reúna las condiciones señaladas, o la primera en formularse y que las reúna.

180. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Incurriendo en ese casuismo que se censura, nuestro Código de Comercio contempla varias especies de policitaciones a. saber: a) la propaganda escrita; b) las exhibiciones de mercan
cías; c) las licitaciones públicas y privadas, y d) la promesa de premios.

Agrégase a lo dicho que injustificadamente no se emplea un criterio uniforme para las primeras tres figuras enunciadas, de donde resulta que se les aplica tratamiento diferente y bien discutible, según lo veremos.

181. a) LA PROPAGANDA ESCRITA. Preceptúa el art. 847 del Código citado: "Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas nO determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga".

Conserva este texto la solución del Código de Comercio adoptado en 1887, aun en su arcaísmo, pues omite otros medios análogos de la propaganda moderna, entonces desconocidos, como la radio, el cinematógrafo, la televisión. Pero lo importante es que dicho texto declara la no obligatoriedad de esa propaganda escrita, lo que es aplicable a la oral, porque, repetimos, es contrario a la realidad suponer que quien la emplea ya tiene el ánimo de obligarse con cualquier persona determinada, antes que esta presente una oferta concreta de negocio.

Innecesariamente agrega el artículo comentado que "dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna". En tales circunstancias, ya no se trata de una propaganda, ni de una policitación, sino de una oferta propiamente dicha, a persona determinada, y, como tal, obligatoria, según su régimen legal pertinente.

182. b) LA EXHIBICIÓN DE MERCANCÍAS. A ella se refieren los arts. 848 y 849, en los siguientes)términos: "Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obli-

gatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fúo, hasta el día siguiente al del anuncio".
Con notoria redundancia, el arto 849 agrega: "Cuando en el momento de la aceptación se hayan agotado las mercaderías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por justa causa".
Las mismas razones que determinan la no obligatoriedad de la propaganda escrita u oral se dan respecto de esta otra especie de propaganda dirigida al público en general, pues una y otra son formas de la propaganda; solamente constituyen invitación a cualquier interesado a iniciar negociaciones ya concretas. Así, no encontramos explicación valedera para el tratamiento dicotómico que el Código les aplica a estas dos modalidades de la propaganda comercial.
183. c) LAS LICITACIONES. El art. 860 dispone: "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás".
Es esta una de las normas más criticables que trae el Código de Comercio en cuanto a la formación de las convenciones.

En primer término, el artículo tergiversa el concepto usual y lingüístico de lo que es una licitación, que, en sentido estricto, es la acción de licitar, o sea, "de ofrecer precio en subasta o almoneda"18, y, en un sentido más amplio, es la oferta de un precio, o de un bien, o de un servicio, a invitación de quien abre la licitación. De manera que en la licitación el oferente es el licitante o licitador, y no quien la abre, formule este o no un pliego de cargos para oír las ofertas que se le

hagan. Según el texto comentado, los papeles se invierten: quien invita a ofrecer resulta ser el oferente, y quien licita o hace
. postura resulta ser el aceptante. De ahí la idea extravagante que el propio texto consagra, según la cual entre el pliego de cargos y cada una de las posturas se forma "un contrato condicionado a que no haya postura mejor". Así, esta imaginaria multiplicación de contratos se declara extinguida in limine, porque todas las obligaciones resultantes de estos -menos uno, el de mejor postor- nacen muertas antes que las ofertas o posturas hayan sido consideradas por quien abrió la licitación y está llamado a aceptar alguna de ellas.

En segundo término, el artículo no precisa el concepto de "licitación pública o privada", lo que sugiere este serio interrogante: saber si ellegislador quiso referirse, por igual, a las licitaciones abiertas por las personas de derecho público, modificando la preceptiva administrativa que les es pertinente, y a las licitaciones abiertas por las personas de derecho privado. Presumimos nosotros que esto no es así; que el legislador, en su propósito de elaborar un estatuto de derecho mercantil, solamente se refirió a las licitaciones de los comerciantes, o aun de las personas no comerciantes, pero atañederas tales licitaciones a un negocio mercantil.

En un sentido distinto del anteriormente comentado,dícese que la licitación es pública cuando constituye una invitación abierta a toda persona que quiera participar en ella; y que es privada cuando se dirige a un grupo de personas determinadas.

Entendida en este último senti~o la indefinida expresión legal, la obliga
toriedad que se le asigna, no ya al licidnte u oferente, sino a quien abre la lici tación, no solamente es contraria a la praxis

mercantil, sino que, al invertir los papeles, crea una inaudita especie de aceptación obligatoria.
En la generalidad de los casos -criterio a que debe atender el legislador-, las licitaciones en el derecho privado no obedecen al ánimo de obligarse de quienes las abren. Tal procedimiento se emplea usualmente a manera de encuesta para averiguar las condiciones del mercado de ciertos bienes o servicios y con el propósito de prospectar la ejecución de un negocio ya definido o aún en estudio. Por tanto, la obligatoriedad que se le asigna a tal procedimiento lo excluye precisamente en el campo en que es más utilizado, ante el temor de comprometerse en las situaciones conflictivas innecesariamente auspiciadas por la ley, según se verá en seguida.

Al tergiversar el proceso de la licitación, invirtiendo los papeles que en esta desempeñan quien la abre y los licitantes, crea la ley una inaudita aceptación obligatoria que ya no depende del verdadero destinatario de las posturas, sino de quien (quizás el juez) haya de aplicar ese vago criterio, el del "mejor postor", para elegir entre los varios licitante s al que, en su opinión y no en la del realmente interesado, parezca ser el tal mejor postor.
Lo últimamente dicho no se opone, conforme a lo ya explicado, a la obligatoriedad de la policitación compromisoria, contémplela o no la ley en punto de las licitaciones, como cuando quien las abre se obliga de antemano a aceptar las posturas que reúnan las condiciones requeridas, o la primera que se presente con tales condiciones.
184. d) LA PROMESA DE PREMIOS. En otra variedad de las policitaciones compromisorias, a la que el Código de Comercio aplica casuísticamente reglas comunes a todas ellas y otras que sí son privativas de la primera.

Al tenor del arto 856, "La oferta pública de una prestación o premio será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas. Si no señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la obligación del oferente cesará trascurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de esta se deduzca un término distinto".

Como se ve, el texto trascrito contempla la policitación que implica la promesa de otorgar un premio o recompensa a quien cumpla las condiciones determinadas en ella, v. gr., la devolución de un objeto perdido, el concurso en un certamen cultural, etc.

Reconocida la obligatoriedad del compromiso unilateral, en que se funda la oferta propiamente dicha, lógicamente está bien que se reconozca la obligatoriedad de la policitación que tenga la misma característica. Consecuencia de esta premisa sería la de que la policitación compromisoria sería irrevocable dentro del plazo f¡jado por el polic~tante o, en su defecto, dentro del plazo legal señalado por el propiotextoi-comentado. Sin embargo, el arto 857 preceptúa contradictoriamente: "La ofJrtajpública solo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa. La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente. La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta". Tiénese, por tanto, que, incurriendo en flagrante incongruencia con el arto 856, que establece la obligatoriedad de la mencionada especie de poli citación durante el término de ella, el citado a~t. 857 autoriza la retractación del policitante, antes del vencimiento de dicho

término, con la advertencia de que tal retractación no producirá efecto
respecto de quienes ya hayan cumplido las condiciones requeridas. Quiere esto decir que las personas que, confiando en la buena fe del policitante, tomen medidas y realicen gastos para hacerse acreedoras al premio o recompensa ofrecido, pero que no hayan llegado al cumplimiento cabal de las condiciones prescritas, quedan totalmente desamparadas, en gracia del
derecho de retractación que se le otorga al policitante, escudado por una "justa causa" que siempre sería arbitraria frente al postulado general de derecho, según el cual nadie debe sufrir perjuicio por causa ajena (nemo exalteria culPa praegravari debet).
De conformidad con el art. 858, "Si las condiciones de la oferta se cumplen separadamente por varias personas, solo tendrá derecho a la prestación ofrecida aquella de quien el oferente primero reciba aviso de su cumplimiento. En caso de igualdad en el tiempo, el oferente decidirá en favor de quien haya cumplido mejor las condiciones de la oferta, pudiendo partir la prestación, si esta es divisible. Si las condiciones son cumplidas por varias personas
en colaboración, la prestación se dividirá entre ellas, si su objeto es divisible; en caso contrario, se seguirán las reglas del Código Civil sobre las obligaciones indivisibles" .
Para no abundar en críticas a este absurdo e incoherente tratamiento de la policitación compromisoria, nos limitamos a notar el exabrupto en que incurre este art. 858, al establecer que en la policitación compromisoria siempre habrá de preferirse a quien primeramente informe al policitante el cumplimiento de las condiciones requeridas. Probablemente el legislador,

con su criterio casuístico, contempló así el caso de que las condiciones de la policitadón únicamente pudieran cumplirse por una persona o por dos o más asociadas para el efecto, como cuando se trata de la devolución de un objeto perdido. Salta a la vista que semejante solución resulta disparatada cuando el premio o recompensa se promete a quien gane un concurso artís
tico, científico, etc., hipótesis que tiene cabida dentro de los propuestos de las disposiciones legales que se comentan.

En fin, el art. 859 remata el tema así: "El oferente no podrá utilizar las obras ejecutadas por las personas excluidas de la prestación ofrecida. Si lo hiciere, deberá en todo caso indemnizarlas". Declara este texto que la promesa pública de premio o recompensa a quien cumpla determinadas condicio
nes no constituye patente de corso para que el policitante se aproveche indebidamente de las obras realizadas por las personas no favorecidas con el premio o recompensa.

III. La aceptación

185. DEFINICIÓN. La aceptacion es el acto de adhesión a la propuesta por parte de la persona o personas a quienes esta se ha dirigido.

186. FORMAS DE LA ACEPTACIÓN. Lo mismo que la oferta, la aceptación pue de ser expresa o tácita. Es expresa la que se hace en términos explícitos, verbales o escritos. La aceptación es tácita cuando se da mediante hechos que, atendidas las circunstancias, revelan inequívocamente la intención de adherir a la propuesta. Así, el recibo por el arrendador de cánones correspondientes

a época posterior a la terminación del arrendamiento, indica su intención de aceptar la oferta tácita de prórroga que le hace el arrendatario al pagarle19; despachar las mercancías pedidas por el oferente es una demostración indiscutible de la aceptación del pedido. En general, cualquier acto de ejecución del contrato propuesto constituye aceptación tácita de este20.

187. LA ACEPTACIÓN POR EL SILENCIO. Se han preguntado los civilistas si el mero silencio puede llegar a constituir aceptación tácita de una oferta. Sin duda alguna, en ciertos casos el silencio es fuente de efectos jurídicos. Así, la prescripción de las acciones y la usucapión se fundan en la inacción del acreedor o del dueño de la cosa, respectivamente. Pero la gran mayoría de los expositores resuelve negativamente el interrogante formulado: el simple silencio del destinatario de una oferta no puede constituir aceptación tácita de esta, porque, como dice DEMOLOMBE, "para la manifestación del consentimiento necesario en los contratos no basta con no decir no; es preciso decir sf', y el solo hecho de la inacción no puede ser considerado como prueba de adhesión a una propuesta. De manera que la doctrina moderna del derecho civil se niega a trasladar al campo jurídico ese viejo adagio popular, según el cual "el que calla otorga" (qui tacet consentire videtur), que sí fue bien recibido por los canonistas antiguos. Pero si dicho principio es rechazado como regla general, en algunos casos se hace valer como excepción. Así, la doctrina y la
jurisprudencia francesas, inspirándose en legislaciones extranjeras, han concluido que el solo silencio equivale a la aceptación tácita de una oferta: a) cuando las partes lo hubieren estipulado así, como cuando entre el arrendador y el arrendatario se ha pactado que la falta de desahucio con cierta anticipación al vencimiento del plazo implica una prórroga

tácita del contrato; b) cuando entre los interesados existen relaciones anteriores de negocios que autoricen a uno de ellos para interpretar el silencio del otro como aceptación tácita de sus ofertas; por ejemplo, el proveedor habitual de un almacén puede presumir naturalmente que la falta de respuesta al anuncio de uno de sus despachos periódicos implica la aceptación del despacho; y c) cuando no existiendo relaciones anteriores de negocios entre los interesados, los usos y las prácticas relativas al negocio de que se trata han establecido que la ausencia de protesta dentro de cierto tiempo se mire como una aceptación tácita de la oferta.

188. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. En principio, nuestro Código de Comercio solo admite la aceptación expresa: verbal, si la oferta es verbal (art. 850); escrita, si la oferta es de esta misma clase, pues, en este caso, se requiere que el destinatario de la oferta exPida su aceptación dentro de los seis días s~guientes a la fecha que tenga la propuesta, más "el término de la distancia", SI el destinatario reside en lugar distinto al del proponente (art. 851)21.

Excepcionalmente, el mencionado estatuto admite "la aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto", condicionada a que el proponente tenga conocimiento de tal hecho durante el término de duración de la oferta (art. 854).
En lo tocante a la aceptación por el silencio, estimamos nosotros que la inacción de la persona que recibe una oferta no puede ser considerada como una aceptación tácita de esta. A nuestro modo de ver, las reglas generales que sobre la formación de los contratos trae el Código de Comercio, y que no existen legalmente en Francia, excluyen la solución contraria. En efecto, el arto 854 de dicha obra preceptúa que "la acepta-

ción tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, produce los mismos efectos que la expresa...". Luego, según quedó dicho, la única forma de aceptación tácita que reconoce la leyes la que consiste en un hecho inequívoco de ejecución del contrato, y no en el solo silencio o inacción del destinatario de la oferta. De no ser así, bastaría que trascurrieran los términos de duración de la oferta, sin contestación de su destinatario, para que el contrato quedara perfeccionad022. En el mismo orden de ideas, el Código Civil también se inspira en el principio enunciado al establecer en varios casos que el silencio es ineficaz o que equivale a un rechazo. Así, el arto 1290 presume como repudiación de una asignación sucesoralla mora del asignatario en manifestar si la acepta o la repudia, y el arto 2014 niega que constituya renovación del contrato de arrendamiento la simple aquiescencia del arrendador en la retención de la cosa por el arrendatario después de terminado dicho contrato.
En conclusión: en nuestro derecho, la aceptación de una oferta debe ser expresa o debe consistir en hechos de ejecución del contrato, de los que inequívocamente se pueda inferir la aceptación tácita de él; pero el solo silencio, o sea, la inacción de la persona a quien se dirige una oferta, no puede ser interpretada como prueba de su aceptación 23.
No constituye excepción a lo dicho el caso de que entre los contratantes se haya estipulado que la falta de aviso o el silencio de uno de ellos o de ambos se tenga como aceptación de prórroga del contrato o algo semejante, porque, en tal caso, la aceptación es expresa, solo que ha sido dada de antemano.
Por el contrario, los arts. 2149 y 2151 del Código Civil sí consagran dos excepciones únicas en dicha obra, al considerar que "la aquiescencia tácita"

de una persona a la gestión de sus negocios por otra implica aceptación del contrato de mandato, y al imponer a quienes por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos la obligación de declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que les hace una persona ausente, obligación que está sancionada con la presunción de aceptación tácita del encargo, cuando no se da respuesta en un término razonable.

189. TÉRMINOS PARA LA ACEPTACIÓN. Ya hemos tratado suficientemente este punto al hablar de la duración de la oferta24. Así, hemos visto que, conforme al art. 850 del Código de Comercio, la oferta verbal debe ser aceptada en el acto de oírse y que, según el arto 851 de la misma obra, la oferta escrita debe serIo en un término de seis días, cuando los interesados residen en el mismo lugar, o de seis días más el "término de la distancia", cuando aquellos se encuentran en lugares distintos. También hemos visto que estos términos legales pueden ser modificados por el oferente en cuyo beneficio se han establecido.

190. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN. La aceptacióntemporánea, es decir, la que tiene lugar dentro del término de duración de la oferta, produce como efecto la formación del consentimiento: la convención queda perfeccionada y es una ley para el oferente y el aceptante. Por el contrario, la aceptación extemporánea es inhábil para producir tal efecto: habiéndose extinguido la oferta por el vencimiento de su plazo, la aceptación tardía no puede ni revivirIa ni formar, por sí sola, la convención propuesta. Tal es lo significado por el art. 855 del Código de Comercio al decir que "la aceptación condicional o extemporánea se considera como una nueva propuesta".

Igualmente, la aceptación debe ser pura y simple, como lo declaraba nuestro anterior Código de Comercio, precisión esta de importancia y que omite el Código actual, aunque puede inferirse a contrario sensu, por cuanto este califica la aceptación condicionada, vale decir, la que modifica la oferta, como una nueva propuesta.

I Código Civil, art, 1494.
2 Ley 153 de 1887, arto 82; casación, 28 de agosto de 1948, "G.J.", t. LXIV, pág. 732.
3 Código Civil, art. 150l.
4 Código de Comercio, arto 845.
5 Ibídem, art. 855.
6 Ibídern, arto 845.
7 Código de Comercio, arto 85~.
8 El arto 850, que se refiere a la celebración verbal de las convenciones, no tiene que ver con este aspecto, porque en dicha celebración no hay remisión de la aceptación.
" Ponm:R, Obligations, t. 11, Paris, 1861-1862, núm. 4.
10 El descrito sistema francés de la no obligatoriedad de la oferta, que implica la facultad de retractación del oferente antes de la aceptación por el destinatario, con el aditamento de la responsabilidad extracontractual del oferente por los peIjuicios causados al destinatario por dicha "etractación, fue el consagrado por nuestro Código de Comercio de 1887 en sus arts. 185 y ss.
11 V. gr. Código Civil alemán, arts. 145 y 146, italiano art. 1328, parág. 1, etc. " Código Civil, arto 1494, y ley 153 de 1887, arto 34. Véase núm. 383, infra. I:! L¡\URENT, Princi-pes de droit civil franfais, t. XV, Bruxel!es, 1876, núm. 362.
¡

14 La sinrazón de la teoría clásica francesa por este importantísimo aspecto de la organización de la tutela de los derechos privados se revela de manera evidente en las pI'opias palabras de uno de sus más brillantes apóstoles. PLANIOL, al formular su célebre clasificación de las fuentes de las obligaciones, se expresa así: "En ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede tener otra causa que la ley: si el deudor está obligado, no es porque él lo ~aya querido; él ni piensa en ello y, aunque lo quisiera, su voluntad sería impotente para IIgarlo, puesto que por hipótesis, ella estaría aislada y no respondería a la de su acreedor; si la obligación existe es, entonces, únicamente ¡Jorque el legislador lo quiere. Por lo tanto, todas las obligaciones no convencionales tienen por fuente la ley; son obligacioneslegales. Solamente que esta voluntad del legislador no es jamás arbitraria y ca¡kichosa. Cuando él crea una
oblIgación, hay siempre, en la persona del acreedor o en su patrimonio, una circunstancia que hace necesaria esta creación, y esta circunstancia no es otra que una lesión injusta para él, que
Se trata de evitar, si aún está en estado futuro, o de reparar, si ya se ha realizado" (subraya el autor). (PLANIOL y RIPERT, Traité élémentaire de droit civil, t. 11, París, 1939, núm. 807). Por consiguiente, pregu';ltamos: ¿por qué la ley no establece la obligatoriedad de la oférta para evitarle perjuicios
al destmatario, en vez de tener que reparados desPUés?

15 Cfr. DEMOGUE, Traité des obligations en general, t. 11, Paris, 1923-1925, núm, 572.

IHCfr. VON TUHR, Obligaciones, t. 1, Madrid, 1934, núm. 23.

17 Sic. Código Suizo de las Obligaciones, arto 7, al. 2, y Código Civil polonés, arto 731.

18 Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

19 Código Civil, arto 2014.
20 Código de Comercio, arto 854.
21 Véase núm. 172, supra.
22 Es, por tanto, impropia la redacción de los arts. 850 y 851 del citado Código, por cuanto, al fijar los términos de duración de la oferta, expresan que dichos términos son para aceptarla o rechazarla, como si el destinatario de ella estuviera obligado, de no aceptar/a, a rechazar la oferta, so pena de que su silencio se interpretarse como aceptación o le acarreasc la sanción indemnizatoria de los perjuicios sufridos por el oferente a causa de la falta de respuesta a su oferta.
23 En contra, CLARO SOLAR, ExPlicaciones de derecho civil chileno y comparado, t. XI, Santiago de Chile, 19~7, núm. 747, quien acepta las soluciones francesas para el derecho chileno, que es igual al nuestro a este respecto.

IV. El momento en que se forman las convenciones consensuales

191. DISTINCIÓN PRELIMINAR. Para determinar el momento en que se forman las convenciones consensuales hay que comenzar por distinguir entre las convenciones verbales y las que se celebran por correspondencia.

192. LAs CONVENCIONES VERBALES. Si se trata de una convención verbal entre personas presentes o comunicadas por teléfono o radio, no hay problema acerca del momento en que esta se perfecciona, porque como la oferta tiene- que ser aceptada en el acto de oírse, la convención queda concluida

Inmediatamente y con pleno conocimiento de ambos interesados. Y lo propio ocurre cuando el oferente otorga un plazo para la contestación de su propuesta y el destinatario la acepta verbalmente dentro del mismo plazo.

193. LAS CONVENCIONES POR CORRESPONDENCIA. Cuando las personas que intervienen en la celebración de una convención se comunican por correspondencia, bien sea que residan en el mismo lugar, o bien que se encuentren en lugares distintos, es necesario resolver si dicha convención se perfecciona con la sola aceptación, aun antes que esta sea conocida del proponente (teoría de la agnición), o si, por el contrario, también se requiere que este ultimo quede informado de la aceptación (teoría de la cognición). Este problema ha dado lugar a varios sistemas, cada uno de los cuales cuenta con partidarios en el campo de la doctrina y ha sido acogido por una o más legislaciones positivas, a saber: a) el sistema de la declaración o aprobación; b) el sistema de la expedición; c) el sistema de la recepción, y d) el sistema de la información.

194. a) EL SISTEMA DE LA DECLARACIÓN O APROBACIÓN. Según es te sistema de origen francés, que es el más sencillo de todos, para que la convención quede perfeccionada basta simplemente que el destinatario de la oferta manifieste su voluntad de aceptada, bien sea expresamente, bien mediante hechos inequívocos. La validez de la aceptación tácita, o sea, de la que se realiza con actos de ejecución del negocio propuesto, es consecuencia lógica de este sistema que no exige la contestación escrita de la persona a quien se dirige la oferta, sino que se contenta con una clara manifestación de su voluntad, de donde le viene el nombre de sistema de la declaración o aprobación.

195. b) EL SISTEMA DE LA EXPEDICIÓN. Este es más exigente que el anteriormente expuesto: no admite que el destinatario de la oferta se limite a declarar su voluntad de aceptada, sino que le impone la obligación de enviar una respuesta al proponente, y en este acto de expedición de la respuesta el que señala el momento de la formación del consentimiento 25.

196. c) EL SISTEMA DE LA RECEPCIÓN. Consiste en exigir que la contestación de la oferta llegue al domicilio del proponente, aunque este, por cualquier causa, no se imponga de su contenido. Así, por ejemplo, la convención quedaría perfeccionada cuando un dependiente recibiera la carta o telegrama de aceptación de la oferta26.

197. d) EL SISTEMA DE LA INFORMACIÓN. Por último, este sistema se funda en el conocimiento que el proponente debe tener de la aceptación de su oferta. Mientras esta información no se realice, no hay consentimiento 27.

198. CRITICA DE LOS SISTEMAS. Seguidamente exponemos nuestra opinión acerca de los sistemas descritos:

199. a) DEL SISTEMA DE LA DECLARACIÓN. Argumentan sus partidarios que, una vez formulada una oferta, solamente falta su aceptación para que exista acuerdo de voluntades sobre determinado objeto jurídico, que tal es la sustancia de toda convención. Desde el momento en que las voluntades del proponente y el aceptante se han encontrado y unificado ya hay consentimiento, sin que se vea motivo suficiente para exigir otros requisitos adicionales que solamente pueden servir para ratificar este hecho cumplido. Además, el sistema

de la declaración o aprobación sería también el que mejor consultaría las necesidades del comercio. En muchos casos, la efectividad de un negocio depende de la actuación rápida de la persona a quien se dirige la oferta. Así, por ejemplo, la comisión para comprar valores de bolsa, en atención a una posible alza de estos exige que el mandatario actúe tan pronto como reciba el encargo. Cabalmente, estas necesidades de la práctica comercial han conducido a que otras legislaciones que consagran los sistemas de la expedición, de la recepción o de la información, reconozcan en ciertos casos la validez de la aceptación tácita que es consecuencia natural del sistema clásico francés de la declaración28.

Por las precitadas consideraciones, principalmente las de orden lógico, nosotros nos inclinamos anteriormente hacia este sistema de la declaración o aprobación, propugnado por la doctrina francesa, acogido por el Código de Comercio de Chile y, con defectos de copia, por nuestro anterior Códi
go de Comercio. Posteriormente, la experiencia nos demostró el grave inconveniente práctico de que tal sistema adolece y que reside en la incertidumbre que arroja acerca del momento en que las convenciones se perfeccionan y
en la dificultad, muchas veces insalvable, de establecer judicialmente tal momento. En efecto, recibida una oferta escrita por su destinatario, este puede realizar dtirante el término de ella actos ambiguos que pueden ser interpretados como manifestaciones de aceptación, pero que también pueden implicar solamente el propósito de prepararse para el negocio propuesto en caso de que el destinatario decida aceptado antes de la expiración de dicho término. Por ejemplo, el hecho de que el destinatario solicite a un banco un préstamo, declarando que su producto será destinado al pago del precio de la compraventa que se le ha ofrecido, por no constituir una aprobación o declaración dirigida al oferente, bien puede ser una medida

preparatoria que todavía no implica el ánimo definitivo de aceptar la oferta y de contraer las obligaciones consiguientes. Lo propio puede decirse frente a otros ejemplos: el fabricante que ordena a sus empleados embalar y rotular a nombre de quien le ha hecho un pedido las mercancías materia de este, o que le dicta a su secretaria una carta de aceptación, puede no abrigar aún el ánimo de obligarse, sino simplemente el deseo de estar preparado por si su decisión final es afirmativa. En suma: el sistema de la declaración o aprobación, que permite interpretar cualquier acto del destinatario de la oferta como una aceptación de esta, aunque dicho acto pueda ser ambiguo por no estar dirigido al oferente y carecer, por tanto, de la clara intención de obligarse, adolece de grave imprecisión, lo que ha dado lugar a la tendencia doctrinal y legislativa a sustituirlo por otros sistemas que salven este defecto.

200. b) DEL SISTEMA DE LA EXPEDICIÓN. Según quedó dicho, este sistema ya no se contenta con una manifestación cualquiera del destinatario de la oferta escrita, sino que exige que una respuesta sea expedida precisamente al oferente. Es, por tanto, este acto de la expedición oportuna de la respuesta afirmativa a la oferta el que determina el momento en que la convención queda perfeccionada y es una ley para ambas partes.

En nuestro sentir, este sistema de la expedición salva la imprecisión de que adolece el sistema de la declaración. En el momento en que el destinatario de la oferta introduce al correo o al telégrafo su aceptación o remite las mercancías pedidas, siempre y cuando que tales hechos se puedan probar, ya no cabe duda alguna del ánimo de obligarse que ha determinado al destinatario a realizar dicho acto.

Sin embargo, el remedio no siempre resulta eficaz, porque, según se ha observado con razón, la Unión Postal Universal de Vienade 1891 declara que la correspondencia pertenece a su remitente y puede ser retirada por este antes de su entrega al destinatario. Agrégase a lo dicho que el funcionamiento de los correos y telégrafos puede fallar y ocasionar la pérdida de la respues
ta a la oferta. Entonces, en cualquiera de estas dos eventualidades puede resultar difícil y hasta imposible para el oferente probar que la respuesta expedida por el destinatario contenía una aceptación pura y simplemente aprobatoria de la oferta. :

201. c) DEL SISTEMA DE LA ACEPCIÓN. Los inconvenientes últimamente apuntados han dado lugar a este tercer sistema que indudablemente consulta mejor los intereses de los interesados, al facilitarles, por igual, la prueba del recibo de la respuesta del destinatario de la oferta y el contenido aprobatorio de tal respuesta.

202. d) DEL SISTEMA DE LA INFORMACIÓN. Considerado como la última palabra al respecto, no resiste análisis serio. Sus partidarios les apuntan a los otros sistemas el grave defecto de romper la igualdad de los contratantes al permitir que el proponente quede obligado por una convención cuyo perfeccionamiento ignora mientras no se le haya comunicado la aceptación de su oferta. No es justo, dicen ellos, dejar al proponente en incertidumbre
acerca de la existencia de la convención que él contribuye a formar; la equidad exige que ambos interesados, no uno solo de ellos, conozcan sus obligaciones desde el momento en que estas nacen. Esto último se logra, agregan, adoptando el sistema de la información, según el cual la convención nace y comienza a producir sus efectos cuando el proponente se

informa de la aceptación de su oferta. Entre tanto, solo hay coexistencia, pero no verdadero concurso de voluntades, ya que este supone que los interesados consientan y, además, que cada uno de ellos tenga conocimiento de que el otro ha consentido.

Tal es el argumento capital aducido por los defensores del sistema de la información. Pero, a poco que se piense, se observa que este mismo argumento conduce a la ruina del sistema que en él pretende apoyarse. En efecto: es verdad que suspendiendo el perfeccionamiento de las convenciones hasta el momento en que el proponente tenga conocimiento de la aceptación de su oferta, se evita que este quede ligado por un acto jurídico cuya existencia ignora; pero, como acertadamente lo nota CLARO SOLAR, dicha solución no sirve para producir la igualdad jurídica entre las partes, sino tan solo para invertir los papeles, porque como el aceptante tampoco sabe el momento en que su respuesta llega al poder del proponente y este se entera de ella, el sistema de la información conduce a que dicho aceptante quede ligado por una convención cuya existencia ignora. De suerte que si la aceptación, por sí sola, o su expedición, o su recepción, no produce efecto inmediato, el aceptante es quien viene a quedar en la incertidumbre acerca del momento en que se forma la convención. Y para obviar esta nueva dificultad, sería necesario inventar un nuevo sistema en que se exigiera que el aceptante sea informado de que su aceptación ha llegado al conocimiento del proponente, y así continuaría indefinidamente el círculo vicioso; o sería necesario acoger el injurídico sistema propuesto porWINDscHEID, conforme al cual el aceptante debe quedar obligado desde el momento de la aceptación y el proponente desde el momento de la información, sistema absurdo que conduce a la negación de los conceptos de convención y de contrato, y que lleva a suponer que una persona

puede adquirir obligaciones o derechos contractuales antes de la formación del respectivo contrato 29.

203. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. El tratamiento que nuestro Código de Comercio le da al importante problema relativo a la precisa determinación del momento en que las convenciones se forman y comienzan a producir sus efectos legales, ciertamente no obedece a un concepto claro sobre las características específicas de cada uno de los cuatro sistemas propuestos al respecto ni sobre las razones doctrinarias en que se ha fundado su postulación. Por ello, tal estatuto combina infortunadamente todos esos sistemas, dando lugar a dudas y problemas que corresponderá resolver a sus intérpretes.

Así, el art. 854 preceptúa: "La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados .en los artículos 850 a 853, según el caso". Vese, pues, que este texto comienza por consagrar la aceptación tácita mediante hechos de ejecución del contrato propuesto, que es una consecuencia propia del sistema de la declaración, conforme al cual la sola aceptación de la oferta perfecciona la convención, sin necesidad de la expedición de una respuesta, ni de su recibo por el oferente y, menos aún, de la información de este. Pero el mismo texto consagra contradictoriamente el sistema de la información al subordinar la eficacia de la aceptación tácita al conocimiento que de ella tenga el oferente dentro del término de vigencia a su propuesta.

El art. 845 consagra indudablemente el sistema de la expedición respecto de la oferta o propuesta, al declarar que esta debe ser comunicada al destinatario, precisando: "Se entende-

rá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario". Según se observa, aquí no se exige la información efectiva del destinatario, sino el solo empleo, por el oferente, de un medio de comunicación adecuado, que es lo que caracteriza el sistema de la expedición.

En fin, el art. 864 reza así: "El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fuados por los artículos 850 y 851 "3°.

Aparte de las críticas que este texto merece por haber importado del Código Civil italiano la confusión entre los conceptos de convención y de contrat031, hay que notar, para nuestro propósito, que en dicho texto se pretende consagrar el sistema de la recepción, de modo tal que, en virtud de una contradictoria presunción legal, a la postre se establece el sistema de la ex

pedición. Perentoriamente declara el inciso primero del texto comentado que el contrato se entenderá celebrado en el momento en que el oferente reciba la aceptación de su propuesta, con otro corolario que es propio del sistema de la recepción, como es el de que el lugar de la residencia del oferente lo es también el del perfeccionamiento de dicho contrato para los efectos de la ley. Pero el inciso segundo presume que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario (léase el aceptante) pruebe laremisión oportuna de ella (sistema de la expedición).

La ciencia legislativa requiere que las presunciones legales obedezcan a la 1 ógica, en el sentido de que el hecho presu-

mido esté vinculado al hecho indiciario por una relación íntima, en forma tal que el cálculo de las probabilidades permita inferir la existencia del primero por la ocurrencia del segundo. Así, dentro de nuestro tema no resulta repugnante la presunción del Código Civil italiano que, al pretender establecer el sistema de la información, presume que el oferente conoce la aceptación de su oferta desde el momento en que la recibe, aunque más técnico habría sido entonces consagrar simple y llanamente el sistema de la recepción. No puede decirse lo mismo a propósito de la solución de nuestro Código de Comercio. Si se quiso con
sagrar en este el sistema de la recepción, como lo declara el inciso primero del art. 864, sobró el inciso segundo, ibídem. Y si se quiso establecer el sistema de la expedición, en concordancia con la solución que para la comunicación de la oferta trae el art. 845, sobraba la presunción de recibo de la aceptación, máxime si tal presunción resulta forzada, por cuanto de la expedición de una comunicación escrita no se puede inferir con certeza que esta llegue a manos de su destinatario y, menos aún, que es lo importante, el momento preciso en que esto último ocurra. En consecuencia, frente al arto 864 del Código de Comercio y a su confusa redacción, hay que concluir que, en las convenciones que se forman por correspondencia cruzada entre el oferente y el aceptante, el momento del perfeccionamiento de ellas es aquel en que el aceptante exPide su respuesta aprobatoria de la oferta, conforme a lo dis-puesto por el inciso segundo de dicho art. 864..

En suma: del examen de las confusas soluciones adoptadas por nuestro Código de Comercio se puede concluir que la oferta escrita puede ser aceptada tácitamente mediante hechos

inequívocos de ejecución del contrato, caso en el cual la convención solo se perfecciona en el momento en que el oferente tenga oportuno conocimiento de tales hechos (sistema de la información), o que dicha oferta puede ser aceptada expresamente mediante la oportuna remisión de la respuesta (sistema de la expedición).

V. El lugar en donde se forman las convenciones

204. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Este problema también reviste señalada importancia, especialmente por lo que atañe a la determinación de la ley aplicable a las convenciones.
Ahora bien, cuando los interesados residen en el mismo lugar es claro que este lugar será el domicilio de la convención. Pero cuando se trata de personas ausentes, es decir, residentes en lugares distintos, es necesario decidir en cuál de estos queda perfeccionada la convención. Nuestro Código de Comercio acoge al respecto la solución que armoniza con el sistema de la recepción o con el de la información, pero que es incongruente con el sistema de la expedición que es el que parece prevalecer en dicho Código. "La convención se entiende celebrada para todos sus efedos legales en el lugar de la residencia del oferente" (art. 864). Además, el Código mencionado define la cuestión fundamental de la colisión de leyes cuando el contrato se repu
te perfeccionando en país extranjero, así: "La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país se regirá por la ley colombiana" (art. 869).

VI. La formación de los actos solemnes

205. PRECISIÓN. Las reglas hasta aquí expuestas en esta sección, tocantes a la formación de los actos unipersonales y de las convenciones consensuales, no son aplicables a los actos solemnes, vale decir, a aquellos para los cuales la
ley exige la observancia de formalidades determinadas, a manera de requisito esencial (adsubstantiam actus), v. gr., el otorgamiento de escritura pública para la enajenación de bienes inmuebles, o la entrega o tradición de la cosa en los contratos reales32.
El Código Civil define: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento" (art. 1500). Y, en consonancia con este
texto legal, el Código de Comercio dice: "Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar y obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídieo, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad" (art. 824).
Por tanto, la voluntad en los actos unipersonales solemnes y el consentimiento en las convenciones de la misma Índole (incluyendo las reales) no bastan para el perfeccionamiento de ellos. Así, en principio, el descrito proceso de formación de las convenciones consensuales, mediante el juego de la oferta y su aceptación, apenas si reviste el papel de preestipulaciones
(pourparles) llamadas a entrar en vigor en el momento en que las partes expresen su voluntad negocial por medio de las

formas o cauces legales predeterminados. Por consiguiente, surge a este propósito una cuestión delicada:
si dichas partes ya han llegado a un pleno acuerdo acerca de todas las condiciones de su negocio y una de ellas se niega a prestar su concurso para la soler. :nización del acuerdo, so pretexto de no estar todavía obligada contractualmente, y ocasionándole perjuicios a la otra parte, ¿qué recurso legal se le otorga a esta? El Código de Comercio ofrece la solución en los siguientes términos: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen"

(art. 863). De esta suerte, se da aplicación al principio de la responsabilidad precontractual (in contrahendo).
No obstante, nosotros consideramos que si el acuerdo a que han llegado las partes consta por escrito, como sucede cuando la oferta y su aceptación se han cursado por correspondencia, y si, además, se dan las otras circuns
tancias formales de la promesa de contratar33, ese acuerdo constituye una
verdadera promesa que ya obliga a las partes a celebrar el contrato con la observancia de las formalidades o con la entrega o tradición de la cosa, según el caso. En efecto, la oferta y su aceptación implican la voluntad de las partes de obligarse, y si esta voluntad se ha expresado ya con todos los requisitos de una promesa, los postulados de la buena fe y de la diligencia, invocados por Código de Comercio en su antes trascrito arto 863 para deducir la sanción indemnizatoria contra la parte que los viole, también obran para reconocerle a la otra parte la acción de cumplimiento, aunque no se haya empleado expresamente el verbo prometer, porque es bien sabido que, en nuestro ordenamiento están descartadas las fórmulas sacramentales, y que, así, "conocida claramente la

intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"34 y 34 bis.

En suma: a nuestro modo de ver, en el caso contemplado la parte interesada puede optar por exigir el cumplimiento del negocio o la indemnización de perjuicios, y esto último aun sin necesidad de pedir la resolución de dicho negocio, contra la opinión que subordina la acción indemnizatoria a la resolutoria del contrato 35.

---

24 Véase núm. 172, supra.

25 Código de Comercio español, art. 34; Código Civil argentino, art. 1154; Código Civil brasilero, arto 1086, etc.

26 Aunque el Código Civil italiano consagra como regla general el sistema de la información, presume esta por la llegada de la aceptación al domicilio del oferente (art. 1335).

27 Código Civil español, arto 1262, pág. 2; Código Civil italiano, arto 1326; Código Civil alemán, art. 130; Código Suizo de las Obligaciones, arto 95, etc.

28 Sic. Código Civil alemán y Código Suizo de las Obligaciones. VON TUHR, ob. cit., págs.124 y 142.

29 Sobre los sistemas expuestos y los argumentos en pro y en contra de ellos, véanse: CLARO SOLAR, ob. cit., t.XI, núms. 736 y ss.; PIANIOL y RIPERT, ob. cit., t.1I, núms. 985 y SS.;COLlN y CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil jrant;ais, t. 11, Paris, 1939, núm. 30;jOSSERAND, Cours de droit civil Positifjran~ais, t. 11, París, 1932, núms. 50 y ss.; AUBRY y RAu, Cours de droit civi~ t. IV, Paris, 1897-1922, págs. 846 y ss.; DEMOGUE, ob. cit., t. 11, núms. 3 y 577.

31 El arto 850 se refiere a la convención verbal en la que no hay remisión alguna. 31 Véase núm. 36, supra.

32 Véanse núms. 265 y 268, infm.

33 Ley 153 de 1887, art. 89: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1~) que la promesa conste por escrito; que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declara ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el art. 1511 (1502) del Código Civil; 3~) que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4~) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionado solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales...".
34 C. c., arto 1618; C. de Co., arto 822; casación del 5 de setiembre de 1930, "G.]."; t. XXXVII, pág. 28.
35 Téngase en cuenta, además, que de conformidad con la conocida sentenccia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 1981, la promesa mercantil de contratar, regulada por el art. 861 del Código de Comercio, es consensual, o sea qUe, a diferencia de la promesa de celebrar un negocio de carácter civil, no es necesario el requisito de que conste por escrito.
36 Véase a GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEz, Régimen general de las obligaciones, núms. 126 y 129.

CAPÍTULO III

EL DISENTIMIENTO

206. CONCEPTO. Visto está que el consentimiento, esencial en las convenciones, se forma mediante el encuentro y unificación de dos elementos: la oferta y su aceptación pura y

simple, como también que si la aceptación no reúne estas precisas características, sino que modifica, adiciona o recorta la oferta, equi
vale a una nueva propuesta que, a su vez, debe ser aceptada en tal forma.

De lo dicho se infiere que el disentimiento o disenso, figura contraria al consentimiento, consiste en el desacuerdo entre las partes, cuyas declaraciones de voluntad, en vez de encontrarse y unificarse (in idem placitum), se apartan y toman rumbos divergentes1. Así, este desacuerdo puede versar: sobre la naturaleza del negocio, como cuandq una de las partes dice dar en préstamo y la otra dice recibir en donación; o sobre las condiciones del mismo negocio, como cuando alguien propone vender de contado y el destinatario de la oferta la acepta, pero pagando el precio por instalamentos; o sobre la identidad de las cosas, como cuando se ofrece en venta un tractor y el aceptante dice comprar un caballo; o sobre las personas negociantes, como cuando son varias las proponentes y el aceptante excluye a alguna o algunas de ellas o, a la inversa, cuando la propuesta se dirige a varios y es aceptada solamente por alguno o algunos de estos. En tales hipótesis el consentimiento queda descartado y, por ende, el negocio propuesto no se perfecciona, es jurídicamente inexistente.

207. EL DISENTIMIENTO Y EL ERROR. A pJrtir de la época clásica del derecho romano, la doctrina generalizada ha incurrido en confusión entre dos figuras lógicas distintas y, por ello, sometidas indebidamente a un mismo tratamiento: por una parte, el disentimiento, que se presenta cuando quienes intervienen en una convención conscientemente, o sea, sin incurrir en error alguno,formulan declaraciones divergen-

tes como cuando uno quiere y dice dar en préstamo yel otro quiere y dice recibir en donación, o como cuando uno quiere y dice vender un tractor y el otro quiere y dice comprar un caballo; y, por otra parte, el consentimiento viciado de error, en el cual las declaraciones de los interesados coinciden entre sí, pero la de alguno de ellos o las de todos no corresponden a su voluntad real, v. gr. cuando, por desconocimiento del idioma empleado, dicen compravender y el sedicente comprador entiende donación, o cuando entienden negociar sobre cosas diversas. VeSe, por tantO y según ya quedó dicho, que en el disentimiento hay discordancia entre las declaraciones recíprocas y correctas de las partes2, al paso que en el Consentimiento erróneo tales declaraciones coinciden, pero alguna de estas o todas discrepan de la voluntad real que pretenden traducir.

Como es sabido, en los contratos romanos stricti juris (per aes et libram
o nexum, verbis y litteris) si las fórmulas rituales prescritas no coincidían exa~tamente, el contrato no se perfeccionaba, no nacía a la vida jurídica. Así, por ejemplo, si en la stipulatio (contractus verbis) una de las partes preguntaba a
la otra: "spondes dare mihi decem (prometes darme diez)?" y esta respondía "promito", en vez de "spondeo", aunque estas últimas voces tuvieran el mismo significado, el contrato no podía formarse, pues no se producía el encantamiento (carmen) que generaba el vínculo obligatorio por la coincidencia de las fórmulas sacramentales que debían emplearse. Esta discrepancia en detalle tan insignificante se reputaba como falta de respuesta (ac si interrogatum responsum non esse). Por el contrario, si la pregunta y la respuesta coincidían (concerta verba), en razón del principio simbolistaforma dat esse rei el contrato se perfeccionaba y ninguno de los contra-

tantes podía alegar error para desvirtuarlo. Nótese, por tanto, que en este sistema de interpretaciónstrictijuris
el disentimiento se hacía consistir en la discrepancia entre las declaraciones formales, sin tener en cuenta la voluntad real de los declarantes ni los vicios de que esta pudiera adolecer.
Ahora bien, cuando posteriormente el derecho honorario amplió el marco del 1us Civile, introduciendo otras especies contractuales, denominadas bonae fidei, porque en la interpretación de ellas prevalecía la ponderación de la voluntad real de los contratantes sobre la forma de su declaración, ciertos errores, como el que versaba sobre la identidad de la persona (in persona), o sobre la naturaleza del negocio (in negotio),0 sobre laidentidad de la cosa (in iPso corpore rei), se reputaron como causantes de la ineficacia del aqo, a lo que se agrega -y así se inicia la confusión que se censura- que a ta~es errores se les aplicó el mismo tratamiento de ineficacia que al disenso en los contratos stricti juris, o sea, que se reputó que esos errores, por regla general, impedían la formación del consentimiento (non videtur qui errant consentire), al igual que la discordancia entre las fórmulas sacramentales en los. contratos stricti juris. Sin embargo, esta fue una opinión generaliz-ada, pero no unánime, porque en los textos también se encuentran máximas que, con mejor acierto lógico, rechazan la referida confusión al afirmar que el error, lo mismo queJa fuerza, no excluyen el consentimiento (qui vi aut errore consentit, tamen consentit).

Ahora bien, aunque el Código Civil francés guarda silencio al respecto, la-mayoría de sus comentaristas, siguiendo a POTHIER3, sustentan la tesis de que ciertos errores, a lo menos el que recae sobre la naturaleza del negocio o sobre la identidad de la cosa, constituyen obstáculo insalvable para la formación misma del consentimiento en las convenciones, y

no solamente vicios de la voluntad, o sea que la teoría del error obstativo u obstáculo, así bautizada por LAROMBIERE, ha adquirido carta de naturaleza en la doctrina francesa.

Por el contrario, nuestro Código Civil, según lo veremos adelante4, acertadamente rechaza la teoría del error obstativo u obstáculo, al declarar que el error de hecho en todos los casos en que puede presentarse, constituye siempre un vicio de la voluntad o del consentimiento, sancionando con la nulidad relativa del acto en que incide (arts. 1508, 1510, 1511, 1512, 1524 Y 1741, ine. 3Q). Queda así despejada la confusión de la doctrina tradicional y abierto el campo para la construcción de la teoría del disentimiento propiamente dicho.

208. EL MOMENTO EN QUE SE REVELA EL DISENTIMIENTO. Entendido el fenómeno en su verdadera dimensión lógica, como la divergencia entre las declaraciones que formulan quienes pretenden celebrar una convención, es claro que el disentimiento se patentiza cuando dichas declaraciones, en vez de unificarse, difieren entre sí, como cuando queda establecido que el destinatario de la propuesta nola ha aceptado pura y simPlemente, sino que la ha modificado, adicionado o recortado, lo que conduce a que tal aceptación sea inepta para formar la convención propuesta y equivalga a una nueva oferta, a su turno sujeta a la aceptación del oferente primitivo, O como cuando las partes, después de discutir el negocio (pourparlés), lo consignan en un documento único, en que las declaraciones recíprocas que ellas se hacen son ostensiblemente dispares o contradictorias.

Cabalmente, en este punto se hace notoria la diferencia entre el disentimiento y el consentimiento viciado por error. En el primero las declaraciones de las partes discrepan; en el segundo, tales declaraciones coinciden y se acoplan entre sí, por lo cual la convención se reputa existente y válida, hasta

que el error, una vez desentrañado, conduzca a la anulación o rescisión del negocio viciado.

209. Los EFECTOS DEL DISENTIMIENTO. La doctrina tradicional, también a partir del derecho romano y aun entendiendo a veces el concepto del disentimiento en su sentido propio, cual es el de la discrepancia entre las declaraciones que se entre cruzan los interesados en una convención, no ha logrado ponerse de acuerdo acerca del tratamiento de esta figura, lo que se explica por el enfoque indebido de ella: En efecto, numerosos doctrinantes han considerado que esta es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso concreto, cuando en realidad se trata de un problema jurídico que, como tal, debe recibir una solución unívoca. Si la convenció n es, por definición, el consenso de dos o más personas en un mismo querer (in idem Placitum consensus), es evidente, desde el punto de vista de la lógica
jurídica, que cuando, en vez de tal consenso, se presenta un disenso ostensible, no hay convención, esta figura no existe ante el derecho, y esto es todo.

Veamos algunos ejemplos del aludido enfoque impropio: a) generalmente se considera que el disentimiento tocante a la identidad de la cosa materia de la convención impide el perfeccionamiento de esta, como cuando una de las partes dice vender un tractor y la otra comprar un caballo. Sin embargo, siguiendo la solución de ULPIANO, se ha dicho que cuando las cosas ofrecidas son varias, la aceptación de alguna o algunas de estas perfeccionaría la convención respecto de ellas, porque habría que entender que existen tantas ofertas distintas cuantas cosas (tot esse stipulationes quot res). Igualmente, se ha opinado, siguiendo a ULPIANO y P AULO, en contra de GAYO, que cuando la oferta es de cantida-

des, v. gr., el préstamo de mil pesos, la aceptación por quinientos perfeccionaría la convención, por ser esta suma inferior, y que si el aceptante pide dos mil pesos, en vez de los mil ofrecidos,
sucedería otro tanto hasta concurrencia de estos mil, también por ser esta.
suma menor; en ambos casos, se dice, porque lo menor siempre está comprendido en lo mayor (in eo quod plus sit, semper inestet minus); b) respecto del disentimiento acerca de las condiciones del negocio propuesto, por ejemplo, respecto de la forma de pago del precio de la compraventa, se ha opinado que habría que distinguir si las condiciones modificadas son esenciales o accesorias según la intención de las partes. Si lo primero, no habría convención; si lo segundo, esta se perfeccionaría; c) el disentimiento respecto de las personas de los oferentes o de los aceptantes también sería cuestión de hecho, porque podría suceder que los primeros hubieran entendido admitir aceptaciones separadas de los destinatarios de la oferta, o que la naturaleza de esta y sus condiciones no se opongan a que el aceptante excluya a alguno o algunos de los proponentes, ete.5.
210. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Dicho está que nuestro Código Civil no se ocupa de la formación del consentimiento en las convenciones y contratos, por lo cual tampoco trata del disentimiento. Sin embargo, el pensamiento de su autor es claro al respecto. Al relacionar las fuentes de las obligaciones, el art. 1494 se refiere a las convenciones y los contratos, diciendo que ellos consisten "en el concurso real de las voluntades de dos o más personas". En todos los proyectos de BELLO, el que hoyes el art. 1502 de nuestro Código exigía el consentimiento sano de todos los ageptes en un acto o declaración de voluntad6. Yel art. 1741, ibídem, no relacio-

na entre las causales de nulidad la falta del consentimiento, '0 sea, el disentimiento, porque al ofrecerse este, la convención no existe, es una situación ajurídica que no es susceptible de nulidad, sanción esta que solo puede aplicarse a los actos jurídicamente existentes.

De otro lado, el vacío de nuestro Código Civil en punto de la formación del consentimiento ha sido suplido por la legislación mercantil. El Código de Comercio del Estado Soberano de Panamá, copiado del chileno y adoptado para la República de Colombia en 1887, estaba inspirado en la doctrina clásica francesa. Y nuestro actual Código de Comercio, que sustituyó al antes mencionado, en general también sigue dicha doctrina, aunque con modificaciones infortunadas e incoherentes que ya tuvimos oportunidad de puntualizar?

Pues bien, el arto 188 del Código de 1887 ofrecía clara y categóricamente la solución legal del problema del disentimiento. "En el acto de expedida la respuesta ["dada la respuesta" expresa m<:;jor el arto 101 del Código chileno], pura y simplemente aprobatoria de la propuesta, el contrato queda perfeccionado, y produce todos sus efectos legales..."; y el arto 189, ibídem, agregaba: "La aceptación condicional será considerada como una nueva propuesta, y sometida como tal a las prescripciones del artículo anterior". Frente a estos textos legales de claridad meridiana era indudable que el disentimiento, que se estructuraba por la discrepancia entre la propuesta y su aceptación, impedía la formación de la convención, con la consecuencia de que la aceptación que modificaba la oferta se tenía como una nueva propuesta, sujeta como tal al régimen propio de este elemento simple del consentimiento.

El Código de Comercio vigente suprimió inconsultamente el trascrito arto 188 del estatuto sustituido, porque sus redacto-

res no pÚca~aron que en dicho texto lo importante era la consagración del principib jurídico, conforme al cual la formación del consentimiento requerido para el perfeccionamiento, vale decir, para la existencia legal de las convenciones y de los con
tratos, implica el exacto acoplamiento entre la propuesta y su aceptación pura y simple, en forma tal que, de faltar este acoplamiento, se estructura el disentimiento que excluye la existencia misma de tales actos.
No obstante, como el nuevo Código, aun omitiendo el precitado principio general, consagra en su arto 855 la principal consecuencia de dicho principio, cual es la de que "la aceptación condiciona!", o sea, la que modifica, adiciona o recorta la oferta, es inepta para darle vida a la convención, pues equivale a una nueva propuesta, debe concluirse que en nuestro actual ordenamiento positivo perdura la solución tradicional: si las declaraciones contenidas en la propuesta y la aceptación coinciden y se unifican, hay consentimiento y, por ende, la convención cobra existencia jurídica. Por el contrario, si tales declaraciones difieren, hay disentimiento y, en vez de formarse la convención propuesta, se abre un nuevo proceso, iniciado por esa aceptación que no es pura y simple8.

---

1 GIUSEPPE STOLFI, Teoría del negocio jurídico, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1968, pág. 150.
2 Véase VON TUHR, Obligaciones, t. 1, Madrid, Edit. Reus, 1945, pág. 140. :\ POTHIER, Obligations, Paris, 1861-1862, núm. 17.
3 V éanse núms. 217 y SS., infra.
4 Acerca de estos titubeos y contradicciones doctrinarias véase Código Suizo de las Obligaciones, art. 2; Código Civil

alemán, arts. 154 y 155; STOU1, ob. cit., pág. 152; CLARO SOLAR, 5 Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, t. XI, Santiago de Chile, 1937, núms. 718 y ss.
6 ANDRÉS BELLO, Obras comPletas, vols. 1, Il Y Ill, Santiago de Chile. La comisión revisora del Código chileno, inconsultamente redujo este requisito a "la persona que se obliga", regresando así a la fórmula defectuosa del art. 1108 del Código francés.
7 Véanse núms. 164 y SS., sllpra.
8 Según MAZEAUD, Lefons de droit civil, l. 11, Paris, Edil. Monchretien, 1954, 111'lm. 138; tal es también la solución adoptada, en su conjunto, por la jurisprudencia francesa.

SECCIÓN IV

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

INTRODUCCIÓN

211. CONCEPTO. Hasta ahora hemos explicado que la voluntad o el consentimiento de una o mas personas, según el caso, es requisito esencial para la existencia de los actos jurídicos. Mas este no es el único problema que se suscita en el campo del Derecho en relación con dicho requisito. En

efecto, el reconocimiento de la facultad que tienen los particulares para arreglar en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de su voluntad impone, a la vez, la necesidad de protegerIos contra su propia ignorancia y, principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad legal. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes 10 otorguen voluntariamente, sino que también se exige que 10 hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera del cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad. Con otras palabras: para la existencia de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad del agente o agentes que intervienen en su celebración; pero, además, es indispensable para la validez del mismo acto que dicha voluntad sea sana, es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerIes poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

i ! Al tenor del art. 1508 del Código Civil, "los vicios de que puede adolecer el c~msentimiento son error, fuerza y dolo". De suerte que la validez de un acto jurídico depende, en parte, de que la manifestación de la voluntad de todos y cada uno de sus agentes no se produzca bajo el imperio de la coacción
física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado ~or el dolo de otro de los agentes.

1 Nótese que, como lo hacen varios tratadistas, nosotros adoptamos la denominación vicios de la voluntad, en vez de la generalizada y recogida por nuestro Código Civil de vicios del consentimiento (art. 1508), en la cual la vozconsentimiento se emplea en su acepción vulgar de adhesión unilateral y

voluntaria a algo, es decir, sinónima de voluntad. En efecto, el consentimiento, en su acepción técnicojurídica, denota el encuentro y la unificación de las voluntades de dos o más personas en un mismo querer (in idem placitm/l consensus), el que solamente deja de realizarse cuando las declaraciones de esas voluntades son divergentes, lo que constituye el disentimiento o disenso. El tema que aquí se avoca es otro: se trata de la discordancia entre la voluntad real y su declaración, cuando esta obedece al error, al dolo o a la fuerza, fenómeno que también puede darse en los actos unipersonaIes simples, en los cuales no existe el consentimiento propiamente dicho, sino la sola voluntad del agente único.

CAPÍTULO I

EL ERROR

l. Concepto jurídico del error

212. EL ERROR Y LA IGNORANCIA. En un sentido estricto, el error se puede definir diciendo que es la falsa noción de la realidad. Con otros términos, el error consiste en la discrepancia entre una idea y la realidad que esta pretende representar; segÚn DONAU, consiste "en creer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero". Es decir que, en el campo filosófico, el error propiamente dicho difiere de la ignorancia, por cuanto el primero implica siempre una oposición entre el concepto y la realidad, al paso que la segunda se caracteriza por la ausencia del concepto: yerra quien cree que un vidrio es un diamante, e ignora quien no sabe qué es un diamante.

Pero en el terreno jurídico la ignorancia es y debe ser equiparada al error, especialmente cuando se trata de proteger la autonomía de la voluntad privada, porque esta queda amenazada no solamente por las ideas falsas de los agentes, sino también por la ignorancia de estos. Más aún, en la mayoría de los casos el error proviene de la ignorancia: el concepto falso encuentra su origen en: el desconocimiento de la realidad. De ahí que uno y otra deban quedar sometidos a idéntico régimen jurídico. Esta ha sido la solución tradicional: la expresión ignorantia era empleada preferentemente por los jurisconsultos romanos para calificar el vicio que consistía en el desconocimiento o en el falso concepto de la realidad. Así, el libro 22 del Digesto se intitulaDe
juris et facli ignorantia. Y, a pesarde que hoy día se haya modificado la nomenclatura, dando la primacía a la expresión error, debe entenderse que esta cobija, por igual, las nociones filosóficas del error propiamente dicho y de la ignorancia.

II. El error de hecho y el error de derecho

213. LA CLASIFICACIÓN. El error puede ser de derecho o de hecho, según que verse sobre una norma jurídica o sobre los elementos constitutivos de una sItuación de hecho, respectivamente. Un ejemplo clásico, tomado de PAULO, servirá para declarar esta distinción: si una persona celebra contrato con un menor de edad, creyendo que negocia con un mayor de edad, comete error de hecho; pero si dicha persona, a sabiendas de que esta negociando con un menor de edad, supone que puede pretermitir las formalidades legales protectoras de los incapaces, incurre en un error de derecho.

Esta cIasificacion general alcanza señalada importancia entre nosotros, debido a que el Código Civil, siguiendo la tradición

romana y española, no acepta el error de derecho como un vicio de la voluntad, según pasamos a verlo.

A) El error de derecho

214. EL SISTEMA FRANCÉS. Desde el punto de vista real, es indudable que la voluntad de la persona que interviene en un acto jurídico se encuentra tan viciada cuando incurre en error respecto de una norma jurídica, como cuando tal error versa sobre una situación de hecho. Las mismas razones que se aducen para justificar la consagración del error de hecho como causa de
invalidez de los actos jurídicos sirven para sostener que el propio tratamiento debe ser dispensado al error de derecho. En efecto: si la ley quiere garantizar el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, no reconociéndole eficacia jurídica sino en los casos en que esta se manifiesta libre y conscientemente, el error de derecho debe ser erigido en vicio del consentimiento, porque es indudable que dicho error también puede afectar gravemente la voluntad del agente. Si se dice que el error de hecho invalida los actos jurídicos, porque el interesado no prestaría su consentimiento de no incurrir en él, otro tanto puede afirmarse respecto del error de derecho: quien consiente bajo el imperio de la ignorancia o de un falso concepto acerca de las normas jurídicas, probablemente dejaría de hacerla si las conociera plena y cabalmente.
El Código Civil francés no establece diferencia expresa entre el error de hecho y el error de derecho, lo que ha permitido a sus intérpretes acoger las razones anteriormente expuestas para considerar que uno y otro constituyen, por igual, causales de invalidez de los actos jurídicos2.

215. EL SISTEMA COLOMBIANO. El Código Civil colombiano, inspirado en el sistema romano y español, adopta la solución contraria al declarar perentoriamente en su arto 1509 que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".

Esta última solución obedece a una consideración práctica. El orden social y la seguridad del comercio correrían peligro si se permitiera a los particulares alegar su ignorancia jurídica para eludir el cumplimiento de la ley.

De ahí que el derecho romano hubiera establecido la presunciónjuru et de jure, según la cual una ley debidamente promulgada se reputaba conocida por todo el mundo, presunción expresada en el aforismo juris ignorantia non excusat, consagrado también por el arto 92 de nuestro Código Civil, a cUyo tenor "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa".

Ahora bien, presumiéndose que toda persona conoce la ley, nadie pUede ser recibido a alegar la nulidad de un acto cumplido bajo el imperio de
un error acerca de ella. De ahí que los jurisconsultos romanos hubieran adoptado la máxima juris error nocet (el error de derecho perjudica) para significar que se deben sufrir las consecuencias de los errores cometidos a causa de la ignorancia jurídica y de no haber tomado medidas adecuadas para salir de ella, tal como la de asesorarse de un jurisperito. Como ya quedó dicho, nuestro Código Civil también acoge este principio en su arto 1509.

Algunos han pretendido que el arto 2315, a cuyo tenor "se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural", constituye excepción al mencionado arto 1509 de la propia obra, conforme al cual "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento", porque suponen ellos que, pudiéndose repetir en ciertos casos lo

dado o pagado en razón de un error de derecho, otro tanto se puede hacer siempre que se haya incurrido en él al prestar el consentimiento en un acto jurídico, lo que conduciría a que tal especie del error alcanzara eficacia indirecta como vicio del consentimiento.

Pero semejante razonamiento es inexacto, porque el arto 2315 nada tiene que ver con el 1509, como pasamos a demostrado.

Es cierto que el primero de dichos artículos reconoce excepcionalmente cierta eficacia al error de derecho. Excepcionalmente, decimos, porque de no existir el referido artículo, sería necesario aplicar siempre el principio general contenido en el arto 92, conforme al cual "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa". Así, cuando una persona pagara una oblig~ción inexistente, a consecuencia de un error de derecho, como sucedería, por ¡ejemplo, cuando el heredero pagara un legado bajo la creencia de que la revocación del testamento no implicaba la de este, el accipiens podría enriquecerse injustamente oponiéndose a la actio in rem verso, so pretexto de que la ignorancia de la ley no podría servir de excusa al solvens.

Pero hay que tener en cuenta que dicho arto 2315 única y exclusivamente puede tener aplicación "cuando el pago no tiene por fundamento ni aún una obligación puramente natural", como expresamente lo dice este, lo que no sucede cuando se ha celebrado un contrato en que una de las partes ha incurrido en error de derecho, porque como tal error no afecta la validez del contrato, las obligaciones provenientes de él también existen válidamente y el pago que de ellas se haga no se puede llamar pago de lo no debido. El ejemplo del error de derecho propuesto por PAULO comprueba lo dicho. En efecto, quien contrata con un menor de edad, a sabiendas de que lo es, pero creyendo que no es necesario observar las

formalidades legales que tutelan la incapacidad, nunca p~ede repetir lo dado o pagado en razón del contrato
alegando el error de derecho en que ha incurrido porque, aunque tal con
trato esté afectado por el vicio de la incapacidad, se reputa válido y produce
la plenitud de sus efectos mientras el menor de edad no solicite la declara
ción de nulidad con fundamento en dicha incapacidad. y si, entonces, la otra
parte adquiere una acción de repetición en cierta medida contra el menor,
ello no se debe al error de derecho cometido por ella, sino a la anulación del contrato por la incapacidad del menor y a la consecuente destrucción retroactiva de los efectos producidos por el contrato.

B) El error de hecho

216. PRECISIÓN y CLASIFICACIÓN DEL ERROR DE HECHO. Excluido el error de derecho de los vicios de la voluntad reconocidos por nuestro ordenamiento positivo, réstanos determinar en qué condiciones y hasta que punto el error de hecho afecta la eficacia de los actos jurídicos en que incide, ya que el Código Civil, siguiendo la tradición latina al respecto, solamente le reconoce efectividad a dicho vicio en los casos taxativamente contemplados por la ley y en los que se considera que el error es esencial por asumir tal magnitud que pueda afirmarse que, de no haber el agente incurrido en él, no habría prestado su voluntad para la celebración del acto respectivo. Con otras palabras: en nuestro sistema, no todo error que cometan los agentes repercute sobre la eficacia de los actos jurídicos, sino solamente aquel que, real o presuntamente, llegue a convertirse en el móvil determinante de la voluntad, o sea, en la causa de la prestación de dicha volun-

tad, dando así aplicación a la fórmula general enunciada por el arto 1524, conforme a la cual "no puede haber obligación sin una causa rea!...". El error accesorio, vale decir, no esencial, no repercute en la eficacia del acto en que incide.

De lo anteriormente expuesto surge la clasificación del error en error dirimente o error-nulidad y error indiferente. El primero es aquel que, por ser esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. El segundo, como su denominación lo indica, carece de influencia respecto de la eficacia del acto.

217. NUEVA REFERENCIA A LA TEORÍA DEL ERROR OBSTATIVO. Ya quedó visto en el capítulo tercero de la sección anterior3 que, a partir de la época clásica del derecho romano, la doctrina generalizada ha incurrido en una confusión entre dos figuras lógicamente distintas, el disentimiento propiamente dicho, que estriba en la discordancia ostensible entre las declaraciones de quienes intervienen en una convención, y el consentimiento erróneo, que se da cuando la declaración de uno de los interesados o las de todos ellos no traduce su real voluntad, a consecuencia de un error que interfiere el proceso síquico de formación de dicha voluntad. Fruto de esta confusión ha sido, desde entonces, la pretensión de aplicarle al error, a lo menos en ciertos casos, el mismo tratamiento que se le daba al disentimiento en los contratos romanos stricti juris: la declaración de inexistencia del acto afectado. Tal es la solución propuesta por la teoría delerrorobstáculo uobstativo, así bautizada porLAROMBIERE, prohijada por la doctrina francesa y por la de los países en que esta ha logrado influencia notable.

Según dicha teoría, como su denominación lo indica, ciertos errores, especialmente los que versan sobre la naturaleza del negocio o sobre laidentidad de la cosa de que se trata, ya no serían meros vicios del consentimiento, sancionables con la nulidad relativa del acto, sino excluyentes de todo consentimiento, equiparables al disentimiento y, por ello, causantes de la inexistencia de dicho acto.
Ahora bien, nuestro Código Civil rechazó la mencionada teoría del error obstativo u obstáculo. El arto 1510 se pronuncia así: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad dé la cosa específica de que se trata, como si en el
contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra" (se subraya)4.
Las consecuencias que derivan del enfoque que el texto legal trascrito les da a los errores a que se refiere, son de señalada importancia. Si se considera, conforme a la doctrina generalizada, que tales errores son obstativos, el acto en que inciden se reputa inexistente, o sea que de jure no puede producir efecto alguno, a lo que se agrega que esta situación no puede ser modificada ni por la ratificación del acto por los interesados, ni por la prescripción, porque la voluntad de estos y el trascurso del tiempo carecen de la aptitud suficiente para darle vida pretérita a lo que no ha existido. En tal virtud el único remedio posible es la celebración de un acto jurídico enteramente nuevo, llamado a producir efectos solamente para el futuro. Por el contrario, al considerar que el error es siempre un vicio de la voluntad, que no descarta el consentimiento ni la existencia del acto, aunque admitiendo que este

puede estar afectado de nulidad relativa, dicho acto produce la
plenitud de sus efectos mientras no sea rescindido judicialmente y esto a
instancia de la persona en cuyo favor se ha establecido la nulidad; además -y lo que es muy importante- el acto puede ser convalidado retroactivamente por la ratificación de los interesados y por la prescripción extintiva de la acción rescisoria.

¿Dónde esta, pues, la razón? ¿En la teoría del error obstativo o, por el contrario, en la tesis del error vicio de la voluntad?

Ya se explicó que la teoría del error obstativo es fruto de una confusión entre dos figuras lógicas bien diversas: el disentimiento consciente y el consentimiento erróneo. En el primero, ninguno de los agentes padece error, cada uno de ellos sabe exactamente que es lo que quiere y así lo declara correctamente; pero, al intercambiar sus declaraciones resulta que estas, en vez de coincidir, discrepan entre s~, por lo cual salta a la vista la falta del consentimiento necesario para dar existencia a una convención. En el segundo, la discrepancia se manifiesta entre la voluntad real de uno de los agentes o de todos ellos y las declaraciones que erróneamente formulan y que no traducen esa voluntad, caso en
. el cual si se presenta un consentimiento aparente y, por ende, una convención también aparentemente válida. Así, no es lo mismo que una de las partes diga vender, queriendo vender y la otra diga recibir en donación, queriendo recibir a este título (disentimiento), a que una de las partes o todas ellas, v. gr., por ignorancia del idioma en que tratan, digan celebrar una donación, cuando realmente entienden comprar y vender (consentimiento errado).

Razón sobrada tuvo, por tanto, el señor BELLO, filósofo de gran altura, para despejar esa confusión que, contrariando la lógica, sirvió de fundamento para la elaboración de la teoría del error obstativo.

Pero es más: razones poderosas de conveniencia práctica también abonan la posición de nuestro Código al respecto. En efecto: si el error, cualquiera que sea su especie, se traduce en la discrepancia entre la voluntad real de quien lo padece y la declaración que pretende exteriorizarla, es claro que dicho vicio siempre se oculta tras la apariencia de un acto jurídico normal. Pensar lo contrario resulta absurdo: extravagante sería, por ejemplo, que alguien diga que compra, pero haciendo la salvedad expresa de que recibe la cosa a título de donación. La seguridad del comercio exige que los actos que presenten esta característica, la apariencia de normalidad, se tengan como existentes y válidos (actos putativos) mientras no sean prósperamente impugnados por quien tenga interés legítimo en destruir su eficacia. Entonces, el régimen de la inexistencia aplicada al acto viciado de error contradice la anotada exigencia, porque conduce al desconocimiento de la eficacia del acto sin necesidad de un debate judicial previo, como también porque descarta la posibilidad de consolidar una situación aparentemente normal, mediante su ratificación por los interesados o por la prescripción extintiva de la acción impugnat9ria, y esto a pesar de que no existe razón alguna de interés general que se oponga a estos medios de consolidación de los putativamente válidos. Por el contrario, el régimen de la nulidad relativa, aplicado a cualquier vicio de la voluntad, salva los mencionados inconvenientes, lo que constituye justificación suficiente desde el punto qe vista jurídico para su consagración legal por nuestro Código Civil[5].

218. CASOS EN QUE SE PRESENTA. Incurriendo en el casuismo de sus modelos, heredado del derecho romano, nuestro Código Civil enuncia taxativamente las hipótesis en que el error de hecho constituye un vicio de la volun
tad y, por ende, una causal de nulidad relativa del acto respectivo, a lo que
se agrega que dicho casuismo ha conducido a un tratamiento diverso de las varias hipótesis así contempladas, a saber: a) el error acerca de la naturaleza del acto o negocio (art. 1510); b) acerca de la identidad de la cosa específica de que se trata (ibídem); c) acerca de la sustancia o calidad esencial de dicha cosa (art. 1511, ine. 1 Q); d) acerca de las calidades accidentales de la cosa (ibídem, ine. 2Q); e) acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar (art. 1512), y 1) en general, acerca de la causa, o sea, del móvil que induce a la celebración del acto (art. 1524).

219. a)EL ERROR ACERCA DE L\ NATURALEZA DEL NEGOCIO. Se configura cuando uno de los agentes o los agentes declaran celebrar un acto que no corresponde al que, según su real voluntad, han querido celebrar, como en el ejemplo ya propuesto, en el que las partes en una convención hacen declaraciones correspondientes a un contrato de mutuo o de compraventa, pero una de ellas entiende recibir en donación.

220. b) EL ERROR ACERCA DE LA IDENTIDAD DE LA COSA. Estando de acuerdo en celebrar una compraventa, el vendedor entiende vender un tractor y así lo declara, y el comprador, entendiendo comprar un caballo, declara comprar el tractor en que piensa el vendedor.

221. TRATAMIENTO LEGAL DE LOS PRECITADOS ERRORES. Repetimos una vez más que nuestro Código Civil, apal:tándose de la doctrina tradicional al respecto, en

su art. 1510 califica los errores acerca de la naturaleza del negocio
y de la identidad de la cosa de que f.e trata, como vicios del consentimiento, sancionados, según el art. 1741, inGisoi3Q, con la nulidad relativa del acto respectivo, con lo cual se apunta un importante acierto lógico y jurídico.

Dichos errores son de tal magnitud que imponen la presunción de que quien los comete no habría celebrado el acto de haberlos conocido. En efecto, quien quiere recibir una donación, ciertamente no prestaría su voluntad para formar una convención que le impone las obligaciones del comprador, nI quien desea comprar un tractor para labrar su fundo aceptaría adquirir
un caballo reproductor7. Se presume así que estos errores estructuran una causa falsa, condenada por elart. 1524, ibídem.

222. c) EL ERRo.R So.BRE LA SUSTANCIA DEL o.BJETo.. Según el arto 1511 del Có
digo Civil, "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la
sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supo.ne que el
objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algun o.tro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la co.sa no vicia el
consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal mo.tivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".
La recta inteligencia del texto legal trascrito exige el análisis de la evolución de la teoría del error in substantia, a partir del

derecho romano y principalmente a través del derecho francés.

223. EL Co.NCEPTo. Ro.MANo.. Además del error in iPso corpore rei, los jurisconsultos romanos solamente reconocieron eficacia a otra especie del error sobre el objeto: el error in substantia, es decir, el error sobre la sustancia del objeto, que tenía lugar cuando recaía sobre la materia de que este estaba compuesto, como cuando una persona compraba una mesa enchapada de plata, creyendo que toda ella era de plata macizas. Este error in substantia constituía un vicio de la voluntad que daba lugar a la anulación del acto respectivo.

224. EL Co.NCEPTo. FRANCÉS. De acuerdo con lo anteriormente dicho, la noción romana del error in substantia no solamente era objetiva, sino que también era netamente materialista, por cuanto la sustancia del objeto se identificaba con su composición material. Encontrando Po.THIER que dicha noción romana era excesivamente estrecha y primitiva, ya que no permitía considerar viciada la voluntad prestada bajo el imperio del error acerca de las calidades inmateriales del objeto, tales como la antigüedad o la procedencia de una opra' de arte, a pesar de que en muchos casos estas calidades tuvieran impbrtancia definitiva para la determinación del valor del objeto y para la celebraciÓn del acto por los interesados, el nombrado autor creó una noción del error in substantia fundamentalmente distinta de aquella otra. Así, Po.THIER dejó de atender exclusiva y directamente a la materialidad de las cosas, para fijarse principalmente en la intención de los contratantes, de donde resultó que el error in substantia pasó a convertirse en cualquier error cometido por uno de los contratantes acerca de una calidad material o inmaterial del objeto, pero a condi-

ción de que esta calidad hubiera sido la que el contratante tuvo principalmente en mira al tiempo de contratar. por ejemplo, cuando una persona compraba candelabros de plata atendiendo principalmente a esta calidad y los candelabros realmente no eran de plata sino de otro metal semejante, el consentimiento "quedaba viciado, pero nO porque el comprador hubiera cometido un error sobre la composición ma189
rerial del objeto, sino porque esta era la calidad que él había tenido principalmente en mira al tiempo de contratar. Asimismo, si el móvil determinante del com
prador al negociar lo~ candelabros nada tenía que ve~ con la ~aterialidad de
estOS, v. gr., porque dIcho comprador prestara especIal atenClon a suantigüedad, para que hubiera error in substantia era indispensable que los candelabros fueran modernos, sin importar nada que realmente fueran de plata o no. En otros términos: si en este último caso e! error recaía sobre la composición material de los candelabros, no había error in substantia y, por consiP1.Iiente, el contrato era válido, porque dicha calidad no había sido e! motivo
determinante del comprador para contratar; pero, por el contrario, el error
sobre la antigüedad, calidad inmaterial del objeto, si constituía error in substan tia y causal para la rescisión del contrato, precisamente por cuanto dicha antigüedad era la calidad determinante del consentimiento de aquel. De esta suerte, POTHIER sustituyó la noción objetiva y materialista del error in substantia elaborada por los jurisconsultos romanos, por una noción netamente subjetiva e intencional del error~).
Ahora bien, los redactores del Código Civil francés, inspirados en el
pensamiento de POTHIER, solamente dedicaron un artículo de dicha obra al tratado del error en e! objeto: se limitaron a

expresar en e! art. 1110 que" el error no es una causa de nulidad de la co.nvención sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa objeto de ella". Por esta razón, la doctrina general de los intérpretes del Código mencionado continúa sosteniendo y aplicando la teoría subjetiva e intencional de POTHIER sobre e! error acerca de la sustancia de! objeto. Para ellos, el citado art. 1110 se refiere a cualquier calidad material o inmaterial del objeto que uno de los contratantes tenga principalmente en mira al prestar su consentimiento. De manera que la expresión legal "sustancia misma de la cosa" no debe ser entendida como el conjunto de elementos estables del objeto y siempre idénticos, cualesquiera que sean los contratantes, sino como un conjunto de elementos variables según la intención de cada sujeto: la sustancia misma de la cosa, para los civilistas franceses es "la calidad o calidades de esta que el contratante o los contratantes han tenido principalmente en mira y que los ha determinado a contratar"; "es cualquier propiedad de la cosa de que se pueda decir: "si el interesado hubiera conocido su error, ciertamente no habría contratado,,"; "es una noción cuya determinación en cada caso particular depende de la investigación concreta de la intención de los contratantes"lO.

Más aún: los tribunales franceses y los de aquellos países que han acogido la teoría subjetiva e intencional de POTHIER, han ampliado todavía más la noción del error in substanlia, hasta el punto de aplicarla a los casos de errores en los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, aunque no estén directamente relacionados con las calidades del objeto de estos. Así, por ejemplo, un fallo de la Corte de Casación belga declaró nulo por error in substantia un contrato de compraventa de bienes enajenados a precio irrisorio, por haber creído el vendedor que dichos bienes estaban perdidos para él y que el cornprador le había prestado el servicio

de revelarle su paradero, cuando en realidad tales bienes se encontraban en poder de un administrador de aquel, quien les dispensaba fiel atención. En este caso, como se ve, el error no versaba ni sobre una calidad esencial del objeto ni sobre una calidad accidental de él, sino sobre el móvil o motivo que determinó al vendedor a ena
jenarlo por un precio irrisorio: la creencia de haber recibido un servicio del comprador. Y, sin embargo, la mencionada Corte de Casación dijo: "Según la sentencia recurrida, las condiciones que creyeron las partes que reunía la cosa vendida [estar perdida] no existían en realidad y constituían, no obstante, condiciones o cualidades sustanciales de los bienes objeto del contrato". De esta manera, el error en los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos ha llegado a incorporarse en la teoría subjetiva e intencional
del error in substantia. Y la Corte de Casación francesa ha hecho otro tanto,
por ejemplo, al declarar nulo por error in substantia el contrato de compraventa de una casa que el comprador pensaba destinar al establecimiento de una escuela sin saber que las disposiciones administrativas pertinentes no permitían el funcionamiento de una escuela en el sector correspondiente. Como se observa, aquí ya no se trataba propiamente de las calidades esenciales o accidentales del inmueble materia del contrato, sino de un error en cuanto a los móviles determinantes de la voluntad del comprador y encuanto a la posibilidad jurídica de alcanzar la finalidad perseguida por él, y, sin embargo, la Corte francesa catalogó dicho error como un error in substantia.

Aunque este punto haya de ser tratado adelante con mayor detenimiento, conviene advertir desde ahora que la comentada ampliación de la teoría francesa del error in subs-

tantia se explica por la necesidad que han tenido los tribunales de elaborar su teoría de la falsa causa, eludiendo las enconadas discusiones que ha suscitado todo el problema relativo a la controvertida noción de la causa considerada como un requisito de los actos jurídicos 11.

225. EL CONCEPTO DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. La teoría subjetiva e intencional del error in substantia, acogida por la doctrina francesa, se presta a un reparo de orden filosófico: traslada ella la noción de sJ.lstancia del objeto de su campo propio, cual es el objetivo, a un terreno netamente sicológico o subjetivo, de donde resulta que dicha noción deja de corresponder a ciertas calidades o atributos del objeto, estables y siempre idénticos, cualesquiera que sean los contratantes, para convertirse en los móviles de la voluntad de estos. El señor BELLO lo comprendioó así y, en vez de copiar el lacónico arto 1110 del Código de N apoleón, que consagra la teoría de POTHIER, escribió el que hoyes art. 1511 de nuestro Código Civil, que distingue claramente entre el error acerca de la sustancia o calidad esencial del objeto y el error sobre las calidades accidentales de este cuando estas últimas constituyen el móvil o motivo determinante de una de las partes para contratar. "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento -reza el inciso primero de este artículo- cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree: como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una masa de otro metal seme
jante". Y el inciso segundo del mismo texto agrega: "El error acerca de cualquiera otra calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de las partes para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte". Basta, pues, leer el

artículo trascrito para comprender que en el sistema colombiano el error sobre la sustancia O calidad esencial del objeto, de que trata el inciso primero y respecto del cual no se exige requisito alguno para que constituya vicio del consentimiento, es diferente del error acerca de las calidades accidentales de dicho objeto, a que se refiere el inciso segundo del mismo artículo con la expresión "cualquiera otra calidad de la cosa", que significa cualquier calidad que no pertenezca a la sustancia o esencia de la cosa. Este último error no vicia el consentimiento de los que contratan sino cuando la calidad accidental que se estudia es el principal motivo de uno de ellos para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte.
La coexistencia de estos dos incisos del art. 1511 de nuestro Código Civil, corresponcliente al 1454 del Código chileno, y la diversidad de los regímenes establecidos por ellos, condenan la opinión de CLARO SOLAR Y de nuestra Corte Suprema, conform~ a la cual dichos sistemas positivos consagrarían la teoría subjetiva e i*encional del error in substantia del derecho francés I~. En efecto, al identioca¡¡ la sustancia del objeto con sus calidades esenciales, los citados Códigos <¡:onsagran una teoría evidentemente objetiva, cuya aplicación solo requiere la investigación de la esencia del objeto, siempre idéntica e independiente de la intención de los contratantes. Esta es la más enfática negación de la teoría subjetiva de POTHIER.
Tampoco es aceptable la opinión de ALESSANDRI y SOMARRIVA, quienes pretenden que el inciso primero del artículo comentado identifica el error in substantia con el que recae sobre la materia de que se compone el objeto. "No otra cosa -dicen ellos- significa en su acepción filosófica y lingüística error SUstancial"I'I. Tal opinión es inexacta: a pesar de que dicho inciso proponga el ejemplo de un contrato sobre

una barra que se cree de plata y que en realidad es de otro metal sem"jante, mal se puede d~ci r que alli se identifica \ .. la sustancia del objeto con la materia de que está compuesto, comoquiera que aquel habla de "sustancia o calidad esencial" como de dos expresiones sinónimas, y es bien sabido que filosófica y lingüísticamente la expresión calidad esencial significa cualquier propiedad material o inmaterial de una cosa que sirve para distinguida de las demás.
De todo lo anteriormente dicho resulta que el sistema legal colombiano consagra una noción objetiva del error in substantia, conforme a la cual se entiende por sustancia del objeto el conjunto de propiedades o calidades esenciales de este, es decir, el conjunto de calidades materiales e inmateriales que determinan su naturaleza específica y que sirven para distinguido de otros objetos. Por consiguiente, incurrirá en esta categoría del error de hecho el contratante que preste su consentimiento bajo el imperio de un concepto falso sobre la composición material del objeto, como cuando una persona compra candelabros de cobre creyendo que son de plata, porque es indudable que dicha composición material forma parte de la sustancia o esencia del objeto. y también incurrirá en el mismo error el contratante que consienta bajo el imperio de un falso concepto sobre otra u otras calidades del objeto, que, sin ser materiales, pertenecen no obstante a su esencia, como cuando una persona compra anzuelos creyendo que son agujas para coser, y esto porque en todo utensilio, lo mismo que en todo producto de la cultura humana, su finalidad o destinación es esencial.
En conclusión: verificada la existencia de un error sobre las calidades del objeto de un acto jurídico, para determinar su categoría y su régimen según el sistema positivo colombiano, es indispensable investigar si tales calidades forman o no parte de la esencia de aquel. En caso afirmativo, se trata de

un error in substantia y constituye siempre un vicio del consentimiento, conforme al inciso primero del arto 1511 del Código Civil, inciso que no exige ninguna otra condici1n para el efecto, seguramente por presumir que los contratantes atienden primordialmente a la esencia del objeto materia del negocio. Si la respuesta es negativa, es decir, si las calidades sobre que versa el error no son esenciales sino accidentales, no hay error in substantia ni es aplicable el mencionado inciso primero del arto 1511; se trata de una categoría distinta del error de hecho; se trata del error sobre las calidades accidentales del objeto, que está sometido a un régimen jurídico diferente, como pasamos a reiterarlo.
226. d) EL ERROR SOBRE LAS CALIDADES ACCIDENTALES DEL OBJETO. El error cometido por uno de los interesados en un acto jurídico, también puede recaer sobre una o más calidades accidentales del objeto, V. gr., sobre su antigüedad, su origen, su historia y, en general, sobre uno de aquellos atributos de las cosas que no alteran su individualidad objetiva, pero que, sin embargo, desempei1an papel muy importante en el comercio humano, por lo cual el legislador no debe dejar de atender a dicho error al tratar de proteger la autonomía de la voluntad privada. Cabalmente, en esto se fijó POTHIER al rechazar la noción materialista romana del error in substantia para remplazarla por su noción subjetiva e intencional, según la cual se considera impropiamente que las calidades accidentales del objeto forman parte de su sustancia cuando constituyen el móvil determinante de la voluntad de los agentes.

Don ANDRÉS BELLO, a vuelta de corregir la inexactitud filosófica de esta teoría francesa, mediante la reducción de la noción del error in substantia a las verdaderas calidades esenciales o sustanciales del objeto de los actos jurídicos,

también tuvo que reconocer que el error acerca de las calidades accidentales de dicho objeto constituye, en ciertas condiciones, un grave vicio del consentimiento, capaz de afectar la validez de los actos respectivos. Así, teniendo en cuenta que las calidades accidentales de una cosa solamente revisten la importancia que los interesados efectivamente les atribuyan, el seii.or BELLO comenzó por no reconocerle eficacia al error cometido acerca de aquellas, sino cuando tales calidades hubieran sido el móvil o motivo determinante de una de las partes para contratar. Y, como también era necesario dar seguridad al comercio y proteger a la otra parte, evitándole las sorpresas y los perjuicios que injustificadamente podría ocasionarle la anulación de un contrato celebrado de buena fe por ella, el redactor de nuestro
Código Civil exigió, además, como condición indispensable para que el consentimiento quedara viciado, que los móviles o motivos determinantes de la voluntad de una de las partes, relacionados con las calidades accidentales del objeto, fueran conocidos de la otra parte. Tal es lo dispuesto por el inciso segundo del arto 1511 del Código citado, a cuyo tenor, "El error acerca de otra cualquiera calidad (no esencial) de la cosa no vicia el consentimiento sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte" (se subraya).
Por consiguiente, cuando una persona compra un cuadro que cree antiguo o que es obra de un famoso pintor, para que su consentimiento quede viciado y para que pueda pedir la nulidad del contrato, no es suficiente que cometa un error acerca de estas circunstancias; además, es necesario que la antigüedad o la procedencia del cuadro sea el móvil o motivo determinante de la compra, y que este motivo sea conocido del vendedor.

Así, si dicha persona compra el cuadro porque le satisface como obra artística y con independencia de su antigüedad, el error cometido acerca de esta última es indiferente. Y lo propio sucede, aunque la antigüedad del cuadro sea el motivo principal que el comprador tiene en mira al tiempo de contratar, cuando este guarda silencio al respecto, por ejemplo, para obtener mejores condiciones de precio, y el vendedor no puede conocer, por tanto, dicho motivo determinante.

Para terminar, hay que tener en cuenta que el inciso segundo del art. 1511 no exige que la contraparte de la que ha cometido un error sobre las calidades accidentales del objeto se haya informado mediante declaración direc~de es~ ultima acerca de la importancia atribuída por ella a tales. calidades, sino que se limita a pedir que aquella tenga conocimiento del móvil o motivo determinante de la otra parte, cualquiera que haya sido la fuente de dicho conocimiento.

227. e) ERROR ACERCA DE LA PERSONA. "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar -dice el art. 1512- no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato" .

Los jurisconsultos romanos consideraron que el error in jJersona constituía siempre una causal de ineficacia de los actos jurídicos. Menos simplista y más acertada es la solución moderna consagrada por nuestro Código Civil, conforme a la cual dicho error solamente constituye vicio de la voluntad cuando la identidad de las personas o alguna de sus calidades ha sido el móvil principal de uno de los agentes. Es decir que en el derecho moderno la influencia del error en la persona sobre la validez de los actos jurídicos depende de la investigación concreta que se verifique en cada caso particular para establecer si la consideración de dicha persona constituye o

no móvil determinante de uno de los interesados al prestar su voluntad.

La doctrina facilita, en parte, esta labor, suministrando, a manera de criterio general, la clasificación de los actos jurídicos en onerosos y gratuitos. Los actos gratuitos, ya sean de beneficencia, ya sean simplemente desinteresados, necesariamente implican en quien los celebra el ánimo de liberalidad, 10 que está indicando que estos actos, por su naturaleza, generalmente se celebran en consideración a la persona beneficiada. Una asignación testamentaria o un contrato de donación, por ejemplo, ordinariamente obedecen al afecto, a la gratitud o a otros sentimientos semejantes del testador o del donante hacia el asignatario o el donatario, respectivamente. Por el contrario, el <if<ln de lucro, la necesidad y otras causas similares son las que casi siempre orientan y deciden la voluntad de las personas que intervienen en la celebración de los actos onerosos; de donde resulta que en estos la consideración personal es indiferente, o, a lo menos, ocupa un lugar secundario. Al vendedor le interesa recibir el precio de lo que enajena y al arrendador le importa la conservación de la cosa arrendada y el pago de los cánones; pero la personalidad del comprador y del arrendatario no desempeñan papel principal en dichos contratos. Sin embargo, estas reglas no son absolutas, sino que apenas constituyen simple criterio de orientación para el juez. Bien puede ocurrir que un acto gratuito se otorgue sin consideración a determinada persona, como cuando el testador dispone que parte de sus bienes sea destinada a un objeto de beneficencia (art. 1113). A la inversa, la personalidad de los interesados puede revestir importancia capital en la celebración de los actos onerosos. Esto último es frecuente en los contratos productivos de obligaciones de hacer: el que encarga la confección de un cuadro, ordinariamente lo hace teniendo en cuenta las dotes artísticas del pintor, y lo propio

sucede en todos aquellos casos en que el talento o la indus tria, o la reputación de las personas son decisivos para la celebración del contrato. En resumen: el papel desempeñado por las personas en los actos jurídicos es un punto que solamente se puede definir con certeza después de una investigación concreta de la intención de los agentes.

Por último, se debe tener en cuenta que el art.1512 del Código Civil comprende, por igual, el error acerca de la identidad de la persona y el error acerca de las calidades de esta. Uno y otro constituyen vicios del consentimiento, siempre que tal identidad o tales calidades sean el móvil o motivo determinante de la voluntad de uno de los agentes. Así, si yo celebro un contrato con Pedro para la prestación de servicios médicos, pero queriendo contratar con Juan, cuya reputación científica conozco de oídas y me determina a buscarlo, mi voluntad queda viciada por error in persona. Otro tanto sucede cuando celebro el contrato con el propio Pedro, a quien he atribuido erróneamente la calidad de médico, que él no tiene14.

228. f) EL ERROR EN LA CAUSA. Indudablemente, cuando el arto 1511 del Código Civil declara viciado el consentimiento prestado bajo el imperio de un error acerca de las calidades accidentales del objeto, enfoca directamente la intención de los agentes para determinar cuáles son los móviles o motivos principales que estos tienen en mira al celebrar el acto jurídico. Otro tanto puede decirse respecto del art. 1512 de la propia obra, que también parte del mismo punto de vista intencional para declarar viciado el consentimiento cuando la consideración de la persona es el móvil o motivo principal de una de las partes y esta incurre en error acerca de aquella. De suerte que no hay duda de que dichas dos disposiciones legales consagran el error en los móviles o motivos determinantes como un vicio de la voluntad. Pero como no

siempre que se presenta un error en los móviles o motivos determinantes al celebrar un acto jurídico estos móviles o motivos se refieren a las calidades del objeto o a la identidad y calidades de las personas, sino que también pueden versar sobre otros puntos distintos\ importa decidir si en este último caso el error produce el mismo efecto. p;or ejemplo: creyendo que una persona me ha prestado un servicio, me obligo a darle una suma de dinero; pero, después de hecha mi promesa, descubro que dicha persona en realidad no me ha prestado servicio alguno y que, por consiguiente, he incurrido en error acerca del móvil que me indujo a prometer. Se pregunta entonces: ¿puedo alegar tal error para que se declare la invalidez de mi obligación, a pesar de que el móvil falso o erróneo sea ajeno a las calidades del objeto y a la identidad y calidades personales de mi acreedor? He aquí el problema que se trata de resolver.
Si con el reconocimiento del error como vicio del consentimiento, la ley pretende proteger el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, negándole eficacia jurídica en los casos en que dicha voluntad haya sido determinada por un error de tal magnitud que, de no haberse incurrido en él, el actojurídico no se habría celebrado, la razón y los dictados de la equidad imponen la necesidad de admitir que el error en cualquier móvil o motivo determinante debe constituir vicio del consentimiento y causal de invalidez del acto jurídico respectivo. La solución contraria carecería de razón justificativa, porque no se podría explicar satisfactoriamente que la ley reconociera eficacia al error sobre los móviles o motivos determinantes relacionados con el objeto de los actos jurídicos o con la personalidad de los agentes, y que, a la vez, negara dicha eficacia al error sobre otros móviles o motivos igualmente determinantes, pero ajenos a aquellos puntos. Cabalmente, fue esta la consideración que sirvió de base a los

tribunales franceses para ampliar y desarrollar su noción del error in substantia, dándole aplicación en casos de errores en los móviles determinantes de los actos jurídicos, aunque nada tuvieran que ver con la sustancia del objet01:,.

Pero en el derecho colombiano no es necesario realizar labor tan esforzada y discutible para llegar a la misma conclusión jurisprudencial francesa, porque la teoría de laJalsa causa, tal como se encuentra consagrada por nuestro Código Civil, conduce clara y naturalmente a la invalidez de cualquier acto jurídico celebrado b~o el imperio de falsos móviles determinantes. En efecto, el arto 1524 de dicha obra declara que "no puede haber obligación sin una causa real y lícita", y el mismo artículo define lo que debe entenderse por causa de las obligaciones, diciendo que esta es "el motivo que induce al acto o contrato". Luego es indudable que este clarísimo texto legal consagra la regla general de que no puede haber obligación contraída en virtud de un móvil o motivo determinante irreal, vale decir,Jalso o erróneo, regla esta de que son simples aplicaciones particulares las contenidas en los arts. 1511 y
1512 de la propia obra, que tratan del error en los móviles o motivos determinantes vinculados a las calidades del objeto, ya la identidad y calidades de la persona!li.

Sin embargo, en punto del error en la causa o móviles determinantes de los actos jurídicos se presenta un delicado problema, a saber: para declarar la invalidez de un acto jurídico y de las obligaciones resultantes de él ¿basta simplemente que una de las partes haya incurrido en error acerca de los móviles o motivos determinantes de su voluntad o, por el contrario, es necesario exigir además que la otra parte haya tenido conocimiento de tales móviles o motivos determinantes? Con otros términos: cuando el arto 1524 del Código Civil dice que "se entiende por causa el motivo que induce al

acto o contrato", a fin de declarar la determinación contenida en el mismo artículo y según la cual "no puede haber obligación sin una causa real y lícita", ¿se está refiriendo, en general, a cualquier móvil o motivo determinante del consentimiento de una de las partes, aunque dicho móvil o motivo que, por sU naturaleza, tiene que ser subjetivo y variable en cada caso particular, permanezca oculto en la mente de aquella o, por el contrario, el mencionado texto legal solamente tiene en cuenta los móviles o motivos comunes de ambas partes, o los que siendo propios de una de ellas, por lo menos han sido conocidos de la otra parte, en forma tal que se hayan incorporado al acto jurídico, constituyendo una especie de condición de este? Unos ejemplos
IJondrán de relieve la importancia teórica y práctica de este interrogante. Si una persona toma en arrendamiento una casa para establecer en ella un negocio ilícito, como un garito o un lenocinio, ¿el respectivo contrato de arrendamiento y las obligaciones resultantes serán inválidos por ilicitud en la causa, a pesar de que el arrendador no haya tenido conocimiento al contratar del móvil espurio del arrendatario? En el mismo orden de ideas: si creyendo erróneamente que una persona me ha prestado un servicio, me obligo a pagarle una suma de dinero, ¿podré pedir la declaración de nulidad de mi promesa alegando falsedad en la causa, aunque yo hubiera ocultado el móvil que me indujo a hacerla?
La solución de este problema aparentemente resulta difícil en nuestro sistemapositivo, tanto por la falta de una explícita regla general al respecto, como también por las contradicciones que se presentan en las aplicaciones particulares que trae nuestro Código Civil. En efecto, el citado arto 1524 se limita a definir la causa como "el motivo que induce al acto o contrato", sin determinar expresamente si se trata de un motivo individual y hasta oculto de una de las partes o, por el contra-

rio, de un motivo común b, a lo menos, conocido de todas ellas. Por otro lado, el arto 1511 sí requiere, para que el consentimiento quede viciado por el error acerca de las calidades accidentales del objeto, que estas calidades sean el motivo principal de una de las partes y que dicho motivo sea conocido de la otra parte. Pero el arto 1512 ofrece una solución diversa, porque admite la nulidad de los actos jurídicos celebrados bé~o el imperio del error acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar, cuando la consideración de esta persona sea "la causa principal del contrato", pero sin necesidad de que tal causa principal sea conocida por todos los contratantes; tan no es necesario este último requisito para el error in persona, que dicho artículo, en su inciso segundo, insiste en la nulidad del contrato, a pesar de que la persona respecto de la cual se ha cometido el error haya obrado de buena fe, es decir, sin tener conocimiento de los móviles determinantes de la otra parte.
La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, adoptando la solución propuesta al respecto por los tribunales franceses, ha decidido este problema en el sentido de que la expresión "el motivo que induce al acto o contrato", empleada por el arto 1524 del Código Civil para definir la noción de causa, significa "los móviles determinantes del acto jurídico que han sido conocidos de las partes". "El acto volirivo -dice la Corte en sentencia del 7 de octubre de 1938- obedece fatalmente a móviles que han inducido la voluntad y han sido conocidos de las partes"17. Luego el err'or en los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, o sea, la causa falsa o irreal, solamente conduce a la invalidez de dichos actos, cuando tales móviles han sido conocidos por las partes, pero no cuando han permanecido ocultos en la mente de una de ellas y, en general, cuando las otras partes los han ignorado.

Esta es, en nuestro sentir, la solución más acertada que se puede dar al
problema que se analiza tanto porque consulta la seguridad del comercio,
especialmente interesada en la estabilidad y eficacia de los actos jurídicos,
como también porque con ella se logra el equilibrio dentro de las instituciones protectoras de la autonomía de la voluntad privada, coordinando la necesidad de amparar a unas personas contra su ignorancia y sus errores, con el respeto debido a los derechos de las otras personas que con aquellas contratan de buena fe. Además, esta solución encuentra asidero legal en el inciso segundo del art. 1511 del Código Civil, que puede y debe ser aplicado análogamente, a falta de otra disposición general al respect018.

En conclusión, dos son las condiciones que se requieren para que el error en los móviles de los actos jurídicos implique la nulidad de estos: a) que los móviles sean determinantes, y b) que sean conocidos de las partes al
tiempo de celebrarse el acto. Solo que este segundo requisito debe ser descartado en el caso del error acerca de la identidad o de las calidades de las personas, porque el art. 1512 del Código Civil dispone claramente que dicho requisito no es necesario en tal hipótesis.

229. Los EFECTOS DEL ERROR DIRIMENTE. Según lo anteriormente dicho, el error sobre la naturaleza del negocio, o sobre la identidad del objeto, o sobre su sustancia o calidad esencial, o sobre los móviles determinantes conocidos de las partes al tiempo de celebrar el acto, bien sea que estos se refieran a las calidades accidentales del objeto, bien sea que se refieran a otros puntos, y el error sobre las personas cuando la identidad o alguna de las calidades de estas han sido la causa principal del acto o contrato, no impiden la formación

del consentimiento, sino que constituyen tan solo vicios de este.
Ahora bien, los vicios de la voluntad están sancionados en el Código Civil colombiano con la nulidad relativa de los actos respectivos, lo que se desprende claramente del art. 1741 de la obra citada, texto este que, a vuelta de establecer la sanción de nulidad absoluta por el objeto o causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y por la incapacidad absoluta, estatuye que "cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato". De manera que los vicios de la voluntad en general, que no entran en la enumeración de las causales de nulidad absoluta de los actos jurídicos, producen la nulidad relativa de estos.
Pero el método exegético empleado durante muchos aii.os por los comentaristas de nuestro Código Civil y la veneración de ellos a la teoría clásica francesa de la causa, se han opuesto a que la doctrina y la jurisprudencia acepten sin discusión la sanción de la nulidad relativa para la falsa causa, o sea, para el error en los móviles determinantes de los actos jurídicos conocidos de las partes. Por el contrario, el método de interpretación institucional, conforme al cual los textos legales deben ser interpretados en su conjunto y no como elementos aislados e independientes entre sí, revela claramente la íntima relación y armonía que reina entre el régimen positivo del error sobre las calidades accidentales del objeto o sobre la identidad y las calidades de las personas y el régimen de la causa falsa o errónea, por lo menos en lo que se refiere a la sanción que dichos vicios aparejan y que, indiscutiblemente, consiste siempre en la nulidad relativa del acto respectivo. En efecto, ya sabemos que el error sobre las calidades accidenta-

les del objeto, cuando son el móvil o motivo determinante de una de las partes para contratar y dicho móvil o motivo ha sido conocido de la otra parte, y que el error sobre la identidad o las calidades de la persona con quien se tiene la intención de contratar cuando dicha identidad o dichas calidades constituyen también el móvil o motivo determinante de una de las partes, son errores que vician el consentimiento y que están sancionados con la nulidad relativa del acto o contrato, lo que nadie discute.
Conforme a lo expuesto, sería necesario suponer total falta de lógica en el legislador si este hubiera establecido una sanción diferente para el error en los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, cuando tales móviles o motivos no estuvieran directamente vinculados a las calidades accidentales del objeto o a la identidad o calidades de las personas. O dicho en otra forma: si el legislador identificó las nociones de la causa y de los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, no podía, sin faltar a la lógica, seÜalar dos sanciones diferentes para la falsa causa, o sea, para el error en dichos móviles o motivos determinantes, a saber: la nulidad relativa, para cuando estos se refieran a las calidades accidentales del objeto o a la identidad o las calidades de la~personas y otra sanción distinta, v. gr., la inexistencia o la nulidad absoluta, para cuando los móviles o motivos determinantes fueran ajenos a tales puntos. Esta sola consideración nos explica suficientemente por qué nuestro Código Civil no contiene disposición alguna que adopte para la falsedad en la causa una de estas dos sanciones últimamente mencionadas, la inexistencia o la nulidad absoluta, a pesar de que los parti<;larios y defensores de la teoría de la causa de DOMAT propugnen el establecimiento de la una o de la otra. Por otra parte, el art. 1741 de esta obra excluye la falsedad de la causa de su enumeración taxativa de las causales de nulidad absolu-

ta de los actos jurídicos, lo que impide aplicar esta sanción a dicho vicio, en virtud del principio exceptio strictisimae interpretationis est, lo que no sucede respecto de la causa ilícito" que sí entra expresamente en tal enumeración. Por el contrario, el inciso tercero de! propio art. 1741 dispone que "cualquiera otra especie de vicio [es decir, cualquiera otra especie de vicio distinto de los que aparejan la nulidad absoluta, conforme a los incisos anteriores] produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato". De manera que laJaL~edad de la causa, que no es uno de los vicios productivos de nulidad aúsoluta, queda comprendida en este Último inciso y, por consiguiente, está sancionada con la nulidad relativa del acto o contrato. Así, pues, existe una perfecta armonía dentro de nuestro Código Civil.

Para terminar, esta sanción de nulidad relativa de los actos jurídicos celebrados bajo el imperio de una causa falsa, es decir, de un error en los móviles o motivos determinantes, no es privativa de nuestro Código Civil. Los tribunales franceses, que también han venido identificando las nociones de la falsa causa y del error en los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, se han negado igualmente aimponer las sanciones de la inexistencia y de la nulidad absoluta a dichos vicios, aun contra e! parecer de los expositores de la teoría clásica de la causa, y constantemente han aplicado la sanción de la nulidad relativa con fundamento en el art. 1110 de! Código Civil francés, que trata del error in suústantia como vicio del consentimiento E).

230. EL ERROR DIRIMENTE Y LA CULPA "IN CONTRAHENDO". Que el mencionado error produzca la nulidad del acto o contrato afectado por él no significa en manera alguna que las personas que han negociado con la que ha incurrido en el error tengan que sufrir necesariamente todas

las consecuencias de dicha nulidad. Es cierto que esta Última tiene derecho a destruir el acto viciado, invocando el error en que ha incurrido; pero aquellas otras también pueden prevalerse de su buena fe y exigir que se les indemnicen los per juicios que hayan sufrido a caus~ del descuido y ligereza de su contraparte. Quien interviene en la ce!ebraciób die un acto jurídico garantiza tácitamente la validez de este a los otros inter~sados. De suerte que si por su culpa el acto resulta inválido, debe indemnizar los perjuicios causados. Tal es el fundamento de la teoría de la culpa in contrahendo, elaborada por el jurista alemán ADOLPH VON IHERING.

Consagración indiscutible de esta teoría se encuentra en el inciso segundo del art. 1512 del Código Civil, conforme al cual la nulidad de contrato por el error acerca de la persona de uno de los contratantes no se opone a que este tenga derecho de pedir la indemnización de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido. Confronta esta disposición legal la hipótesis de un error cometido por culpa o ligereza de la parte que lo sufre, sin ocultamiento ni fraude de la otra parte, hipótesis esta que se resuelve imponiendo al autor de la culpa la obligación de indemnizar los perjuicios que se produzcan con motivo de la invalidez del acto. Así, por ejemplo, si queriendo encareral' a Pedro la confección de un cuadro, en atención a las dotes artísticas y ~ la fama de que goza, me dirijo al que creo es su estudio y contrato con la
persona que allí se encuentra sin cerciorarme previamente de su identidad,
y esta persona resulta no ser Pedro sino Juan, tengo yo el derecho a pedir la ~ulidad del contrato por haber incurrido en error acerca de la identidad de la persona; pero la buena fe de Juan también lo autoriza para exigirme la idemnización de los perjuicios causados por mi ligereza y descuido.

Ahora bien, las razones de equidad que informan y justifican la teoría de la culpa in contrahendo son valederas no solamente en los casos de nulidad de las convenciones por el error acerca de la persona, sino también en cualquier caso de nulidad por el error y, en general, en cualquier caso de invalidez de una convención por culpa de una de las partes, estando la otra de buena fe.

IV. El error de hecho indiferente

231. CONCEPTO y EFECTOS. Fuera de la hipótesis del error dirimente, anteriormente estudiada, dicho fenómeno sicológico no impide el perfeccionamiento de los actos jurídicos ni afecta su validez. Con otros términos: si el error no versa sobre la naturaleza del acto jurídico, ni sobre la identidad o la sustancia del objeto, ni sobre los móviles o motivos determinantes del consentimiento conocidos de las partes, ni sobre la persona, cuando la consideración de esta es la causa principal de la celebración del acto o contrato, cualquier otro error es indiferente, vale decir, es un simple accidente de los actos jurídicos y no alcanza a viciarlos de nulidad.
Por consiguiente, entre los innumerables ejemplos del error indiferente podemos citar los siguientes: a) el que versa sobre una calidad accidental del objeto, como el precio o la antigÜedad, cuando dicha calidad no es el motivo principal de ninguna de las partes o cuando, siéndolo de una de ellas, la otra ignora dicho motivo; b) el que se refiere a la identidad de la persona o a sus calidades, como el nombre o el estado civil, cuando dicha identidad o dichas calidades, tampoco son la causa principal del acto; c) el que se refiere, en general, a cualquier móvil o motivo, cuando este no es determinante del consentimiento o cuando, siéndolo respecto de una de las

partes, la otra ignora dicho móvil o motivo. Por ejemplo, si alguien recibe la noticia de la muerte de sus caballos, noticia que le mueve a comprar otros, el contrato es válido aunque el móvil resulte falso, a menos que el vendedor haya tenido conocimiento de esta circunstancia y se haya aprovechado dolosamente de ella para inducir al comprador a la celebración del contrato.

---

2 COLlN y CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil fra1!fais, t. n, Paris, 1939, núm. 32, y
JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques, Paris, 1929, núms. 30 y ss. El Código Civil italiano
de 1942 también recoge la solución francesa (arl. 1429). Vease STOLFI, TeoTÍa del negocio jurídico, Madrid, Edil. Revista de Derecho Privado, 1968, págs. 175 y ss.

!J POHIIER, Obligations, Paris, 1861-1862, núm. 18.
o 10 Cfr. AUIIRY y RAu, Cours de droit civil, t. IV, Paris, 189

CAPÍTULO II

EL DOLO

232. CONCEPTO y GENERALIDADES. Según la definición de POTHIER, el dolo es toda especie de artificio de que alguien se sirve para engañar a otro". Aplicado este concepto en punto de la formación de los actos jurídicos, el dolo consiste en cualquier maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a sorprender a la víctima y a provocar su adhesión, bien sea sobre el acto en general, bien sea sobre ciertas condiciones de éP; consiste, pues, en crear en la mente de una persona, mediante procedimientos condenados por la buena fe, un móvil o razón para consentir, móvil o razón que en realidad no existe, que es ilusorio y pernicioso. Por consiguiente, comete dolo el vendedor que afirma falsamente la existencia de una servidumbre en favor del
predio vendido, o que crea una carta que le atribuye precio mayor del que verdaderamente tiene, o que usa de drogas para aumentar el brío del caballo que quiere negociar. En estos ejemplos, la víctima del dolo va al acto jurídico bajo el imperio de un error provocado por artificios fraudulentos; no presta, entonces, una voluntad sana y libre como la requiere la ley, sino una voluntad
imperfecta y viciada por el error directa e intencionalmente producido por el agente del dolo.

233. DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL DOLO. La esfera del dolo es muy amplia y comprensiva. No es posible señalar un tipo único de él, ni siquiera es posible formar una lista ne varietur de los procedimientos que pueden constituirlo. Estos varían según las circunstancias propias de cada caso y, especialmente según la imaginación, la habilidad y la astucia de su autor. Unas veces, el dolo consistirá en maquinaciones o trampas propiamente dichas: la producción de una carta falsa que atribuye mayor precio al objeto del contrato; la remisión de un telegrama con la falsa noticia de la pérdida

de una cosa indispensable para el negocio de la víctima; el suministro de drogas al caballo de carreras, y demás argucias semejantes. Otras veces el dolo revestirá la forma de las afirmaciones mendaces: el agente dirá que un reloj de cobre es de oro, que un vidrio es un diamante, que una perla sintética es natu
ral, que la copia de un cuadro es la obra original de un pintor famoso, o que un predio goza de servidumbres imaginarias. Otras veces, el dolo estará constituido por una simple omisión del agente: el vendedor se abstendrá de declarar los vicios ocultos de la cosa; el asegurado callará una enfermedad que
padece y que aumenta los riesgos del seguro; el propio comprador atribuirá una falsa calIdad a la obra de arte y el vendedor se lImItara a guardar sIlencio, a sabiendas del error en que aquel incurre. La misma reticencia es un caracterizado procedimiento doloso; el autor no afirmará directamente un hecho falso; pero, mediante palabras dudosas, frases inconclusas, ideas a medio expresar o sugerencias veladas, hará nacer o alimentará un error de la víctima. En síntesis, habrá dolo siempre que alguien, con la "intención positiva de inferir daño" (art. 63), observe cualquier conducta apta para inducir a otra-persona a celebrar un acto jurídico o a aceptar ciertas condiciones de este. El procedimiento que traduce la intención dolosa es indiferente, con tal que pueda conducir al resultado perseguido; según las circunstancias, dicho procedimiento podrá ir desde las formas más groseras hasta las obras maestras de la astucia; podrá manifestarse mediante un acto (dolo positivo) o mediante una simple omisión (dolo negativo). Desentrañar en cada caso concreto esa intención dañada o mala fe característica del dolo, conforme a la definición que de este trae el arto 63 del Código Civil, medir su alcance y apreciar sus resultados, es labor propia del juez.

234. LA CLASIFICACIÓN DEL DOLO EN LA FORMACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS. De ordinario el dolo, que es el elemento específico del delito, apareja la responsabilidad civil del agente la que se traduce en la obligación de indemnizar a la víctima de los perjuicios irrogados. Además, cuando el dolo interviene en la formación de los actos jurídicos puede ocasionar, bajo ciertas condiciones, la nulidad relativa de estos. En el fondo, dicha nulidad es una forma especial de la sanción indemnizatoria establecida por la ley civil para la represión del hecho ilícito. En efecto, cuando el resultado del dolo consiste en la celebra
ción de un acto jurídico, la sanción más adecuada para la indemnización de la víctima es precisamente la invalidación del acto y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. De suerte que al erigir el dolo en vicio de la ,voluntad, la ley se limita a aplicar los mismos principios que gobiernan toda la teoría de la responsabilidad civil.

Pero la presencia del dolo en la formación de los actos jurídicos no siempre produce la nulidad de estos, sino que para ello se requieren c,iertas condiciones, fuera de las cuales aquel solamente apareja la sanción ordinaria y normal del hecho ilícito, cual es la obligación de indemnizar a la víctima de los peljuicios sufridos, mediante el pago de una suma de dinero. Reza el art. 1515 del Código Civil: "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado". "En los demás casos -agrega el propio texto- el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas qUe lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras, por el total de los perjuicios, y contra

las segundas, hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo". Más aún, la doctrina reconoce la existencia de una tercera especie del dolo en la contratación, especie esta que no produce efecto alguno, de donde le viene la denominación dedolo indiferente o tolerado.
Lo anteriormente dicho nos lleva a distinguir tres clases del dolo en la formación de los actos jurídicos: a) el dolo dirimente o vicio de la voluntad; b) el dolo incidental, fuente de responsabilidad civil, y c) el dolo indiferente o tolerado.

1. El dolo dirimente

235. CONDICIONES DEL DOLO DIRIMENTE. Para que el dolo revista tal gravedad, es decir, para que conduzca a la invalidez del acto jurídico en cuya formación interviene, se requieren dos condiciones indispensables, a saber: a) que sea la obra de una de las partes, y b) que sea determinante del acto o contrato.

236. a) EL DOLO DEBE SER OBRA DE UNA DE LAS PARTES. Así lo exige expresamente el art. 1515 del Código Civil. De suerte que si los artificios, maquinaciones o engaños provienen de un tercero, el acto es válido y debe ser mantenido. En esto estriba una diferencia fundamental de régimen entre el dolo y la fuerza. Tratándose de esta última, la voluntad de la víctima queda viciada, aunque la presión que la llevó a consentir haya emanado de un ter
cero (art. 1514).

Pero la razón se pronuncia contra esta diferenciación entre el dolo y la fuerza. Tan imperfecta eS la voluntad que ha sido sorprendida por aquel, como la que ha sido arrancada

mediante el empleo de esta, cualquiera que sea el origen del uno o de la otra. En ninguno de los dos casos se puede decir que la voluntad sea libre y consciente como la exige la igualdad jurídica que debe reinar en las transacciones. En realidad, esta diferencia es un rezago histórico condenado por la razón.]ossERI\ND explica que en el derecho romano el dolo era un delito antes de pasar a convertirse en un vicio de la voluntad y que la actio de dolo tenía, por consiguiente, un carácter delictual e infamante, lo que justificaba que solamente pudiera ser ejercida contra el agente
mismo y no contra otras personas, a pesar de que estas reportaran beneficio del dolo, porque las penas debían ser personales. Pero agrega el propio autOr que desde el momento en que la teoría del dolo fue integrada en el derecho civil y en que aquel comenzó a ser tratado como un vicio de la voluntad, la lógica del sistema exigía que se viera en el una causa determinante de la nulidad de los actos jurídicos, abstracción hecha de su procedencia:J. Sin embargo, los jurisconsultos rOl 10S no modificaron la solución primitiva, que también ha pasado a las legislaciones modernas de raíz latina. De ahí que nuestro Código Civil todavía considere que el dolo no constituye vicio de la voluntad sino cuando es obra de una de las partes. Más acertada y equitativa es la solución del Código Civil argentino que protege en todo caso a la víctima del dolo o de la fuerza, permitiéndole invocar la nulidad de los actos cumplidos bajo el imperio de dichos vicios4. .

237. LA COMPLICIDAD DE LAS PARTES EN EL DOLO DE UN TERCERO. Sin embargo, este requisito de que el dolo deba ser obra de una de las partes para que constituya vicio de la voluntad, no debe limitarse en nuestro sistema jurídico a los solos casos en que las maniobras fraudulentas provengan directamente de uno de los contratantes, porque basta la comPlicidad de estos en el dolo de un tercero para

que dicho efecto se produzca. Así, un remate queda viciado por el hecho de que un tercero haga ofertas o pujas ficticias en él, si el vendedor ha sido el autor intelectual de esta maniobra dolosa, aunque no haya participado directa y materialmente en ella. Más aún: la doctrina uniforme de los tratadistas considera que ni siquiera es indispensable la comPlicidad positiva de las partes en el dolo de un tercero, sino que es suficiente su comjJlicidad negativa; es decir, que no es necesaria la participación activa de estas en las maniobras dolosas, sino que basta con que una de ellas tenga conocimiento de que un tercero está engañando a la otra parte para que su solo silencio implique complicidad. Por ejemplo, si la persona que va a celebrar un negocio con otra sabe que una tercera persona trata de obtener el consentimiento de aquella (quien propone el negocio) mediante maniobras fraudulentas, como la remisión de una carta con una noticia falsa, y a pesar de ello guarda silencio, se hace cómplice del dolo y contribuye a la nulidad del contrato. Esta solución doctrinal está bien fundada, porque, como hemos visto,' la reticencia y el silencio pueden constituir manifestaciones dolosas caracterizadas; luego, el contratante que guarda silencio, a sabiendas del dolo de un tercero, comete un típico dolo iJar omisión5.

238. EL DOLO DE LOS REPRESENTANTES. Por último, la doctrina también admite como vicio del consentimiento el dolo cometido por el mandatario y, en general, por el representante legal o convencional de una de las partes COntratantes. Por consiguiente, el dolo del apoderado, del padre de familia o del guardador es causa de nulidad de los actos o contratos en que incide, c.omo si dicho dolo fuera obra del mandan te, del hijo o del pupilo, respectIvamente. Esta solución se acomoda a la teoría de la representación; pero los tratadistas no llegan hasta e! extremo de imponer al represen-

tado la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el dolo de! representante, salvo en los casos en que aparezca establecida la complicidad de aquel, porque a lo menos en principio, no se puede presumir que la representación exista para la perpetración de! dold;.

239. b) EL DOLO DEBE SER DETElu,n:-'¡ANTE. El segundo requisito exigido por la ley para que e! dolo constituya vicio de la voluntad es e! de que sea la caUSa determinante del acto o contrato, es decir, que induzca a la víctima a celebrar un acto que, de no haber mediado el dolo, no habría ocurrido. "El dolo no vicia el consentimiento -dice el inciso primero del art. 1515-, sino cuando... además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado". Pero si la víctima está decidida a celebrar el acto o contrato y el dolo no se emplea para obtener un consentimiento que aquella ya está dispuesta a prestar, sino para inducirla a aceptar condiciones más gravosas, dicho dolo no es causal de invalidez del acto jurídico, sino que solamente constituye fuente de la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados con él.

De suerte que nuestro Código Civil consagra la distinción tradicional entre el dolo pTincijJal o determinante y el dolo incidental o accidental, distinción encaminada: a establecer regímenes diferentes para uno y otro. El dolo
jJTincipalo determinante que es, como su nombre lo indica, el que lleva o determina a la víctima a prestar su consentimiento, constituye un vicio y produce la invalidez del acto respectivo y la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados a la víctima. Por el contrario, el dolo incidental o acciden
tal, que es el que interviene en el acto, pero sin determinar su celebración, no afecta la validez de este, sino que produce las consecuencias normales del delito civil, fuente de responsabi-

lidad, o no produce consecuencia alguna, si se trata de un dolo indiferente o tolerad07.

Corresponde al juez apreciar en cada caso concreto si el dolo ha sido o
no determinante del contrato, problema cuya solución ordinariamente resulta bastante difícil y a veces imposible, porque, según observan COLIN y CAPITANT, el dolo siempre es empleado con el objeto de hacer peso sobre la voluntad de uno de los contratantes, bien sea que se persiga como fin el de inducirlo a celebrar el contrato, bien sea que solamente se trate de hacerle aceptar condiciones más gravosas de las que aceptaría sin el engaño, y para el juez es obra casi imposible la de determinar a ciencia cierta si las condiciones sobre las cuales ha recaído el dolo han sido o no consideradas como determinantes por la víctima!!. Además, como ya se explicó, el Código Civil
exige, para que el dolo constituya vicio del consentimiento, que aparezca claramente que sin él no se hubiera contratado, y ordinariamente este requisito no se cumple en los casos concretos, pues, aunque en ellos aparezca que ha habido dolo, muy difícilmente se dará también la comprobaciónclam
e indiscutible de que dicho dolo ha sido determinante. La mayoría de las veces, los jueces tendrían que usar de su poder discrecional en la apreciación de los hechos, para tratar por este medio de dar lecciones de moralidad a los contratantes, siguiendo así el consejo que les da LAURENT~).

Pero todavía nos parece, mejor que confiar en el arbitrio judicial, suprimir en la ley la distinción tradicional entre el dolo principal y el dolo incidental, para dejar siempre a discreción de la víctima el pedir la nulidad del contrato o la indemnización de los perjuicios sufridos lll.

ll. El dolo incidental

240. CONCEPTO. Cuando el dolo interviene en la formación de los actos jurídicos, pero no reúne las precitadas condiciones necesarias para constituir vicio de la voluntad, no está sancionado con la nulidad de dichos actos, sino solamente con la obligación a cargo del agente de indemnizar a la víctima los perjuicios irrogados. El art. 1515 del Código Civil, a vuelta de preceptuar que "el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado", agrega lo siguiente: "En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho
que han reportado del dolo".
Esta solución es, a lo menos en parte, aplicación de las reglas generales sobre la responsabilidad. Ordinariamente, todo acto y toda omisión, cumplidos con la intención positiva de inferir injuria o dai'io, constituyen delitos civiles, fuente de responsabilidad para el agente, y se traducen en la obligación de indemnizar los perjuicios a la víctima.

Pero es de observar que el art. 1515 trascrito otorga a la víctima del dolo una acción indemnizatoria no solamente contra la persona o personas que lo han fraguado, sino también contra las que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta
concurrencia del provecho que han reportado del dolo.
La responsabilidad de la persona o personas que han fraguado el dolo es indiscutible y se justifica plenamente: dichas per-

sonas han cometido un delito civil y es natural que deban responder de sus consecuencias. Pero, ¿qué fundamento puede tener la obligación que el citado texto legal impone a cargo de las personas que no habiendo cometido el dolo ni participado en manera alguna en su comisión, han reportado provecho de él? Ya no se trata aquí de una responsabilidad civil propiamente dicha, porque esta siempre presupone una falta (dolo o culpa) de parte de la persona a cuyo cargo se deduce. En realidad, la acción que en este caso se confiere a la víctima es una acción de restitución, fundada en el enriquecimiento injusto y que, por consiguiente, no puede ejercerse sino hasta concurrencia de tal enriquecimiento, es decir, hasta concurrencia del provecho reportado del dolo. Precisamente este límite esta indicando que la ley solo quiere restablecer los patrimonios al estado anterior a los ÍI~ustos trastornos producidos por el dolo. de donde se concluye que el inciso segundo del art. 1515 del Código Civil incurre en impropiedad al hablar de acción de perjuicios contra las personas que han resultado beneficiadas con el dolo ajeno, impropiedad que se repite en el art. 2343 de la propia obra, concerniente a la responsabilidad civil aquiliana.

En fin, importa repetir que la redacción del citado art. 1515 no significa que cuando el dolo sea vicio de la voluntad y conduzca a la nulidad del acto, quede excluida la indemnización de perjuicios, o sea, que la víctima tenga que contentarse con esta sanción, pues si ha sufrido otros perjuicios que no queden reparados con la anulación del acto, estos también le deben ser indemnizados.

III. El dolo indiferente o tolerado

241. CONCEPTO. Los jurisconsultos romanos distinguieron entre el dolo malo(dolus malus), consistente en maquinaciones, artificios, astucias o engaños encaminados a perjudicar a la víctima, y el dolo bueno (dolus bonus) empleado eT¡lladefensa de un interés legítimo, principalmente contra un ladrón o un enemigol1. El primero era considerado como ilícito y, por ende, condenable; no así el segundo que era permitido, o, a lo menos, tolerado.

El derecho colombiano no consagra esta distinción. El art. 1515 del Código Civil solamente expresa que, unas veces, el dolo constituye vicio del consentimiento, y que, otras veces, da lugar a la indemnización de perjuicios; pero en parte alguna dicha obra admite la posibilidad de un dolo tolerado. Sin embargo, no se puede desconocer que en el comercio existe cierta habilidad o destreza para los negocios que, a pesar de ser artificios a, es de práctica corriente y no alcanza a herir abiertamente la conciencia social. Pero sería una impropiedad acoger la terminología antigua y emplear la expresión "dolo bueno" para designar esta especie de prácticas artificiosas. Tampoco se puede decir que ellas no sean dolosas, ya que consisten en astucias aptas para privar de espontaneidad y libertad a la persona que va a celebrar un acto
jurídico. Luego es preferible decir que existen ciertos casos en que el dolo puede ser indiferente o tolerado, por consistir en prácticas de uso ordinario y corriente en el comercio, y que, por ser conocidas de todo el mundo, permiten presumir que la víctima ha obrado a sabiendas de ellas o, a los menos, con imprudencia y descuido tan grandes que su falta neutraliza el dolo cometido por el otro contratante.
Tal vez sea necesario conservar esta distinción entre el dolo malo y el dolo tolerado para evitar el abuso de las acciones de nulidad y de indemnización, ya que no otra cosa sería el

ejercicio de estas en todos los casos en que uno de los contratantes hubiera utilizado su práctica y destreza normales en los negocios. Así lo aconseja la doctrina de los expositores y lo acepta nuestra
Corte Suprema deJusticial2. Sin embargo, es de advertir que esta distinción arroja nuevas sombras y dificultades sobre la teoría del dolo, porque coloca a los jueces ante el difícil problema de señalar los linderos que separan el dolo condenable del dolo tolerado, pues a ellos corresponderá decidir en cada caso concreto si el dolo constituye vicio de la voluntad, o solo fuente de responsabilidad, o si es indiferente.

IV. Otras precisiones tocantes al dolo

242. EL DOLO Y EL ERROR. Considerado en sí mismo, el dolo no constituye un vicio del consentimiento. Para que este efecto se produzca es necesario, según quedó visto, que con el dolo se sorprenda la voluntad de la víctima y se la induzca a celebrar un acto jurídico sin darse cuenta exacta de 'este o de algunas de sus condiciones. De suerte que el dolo constituye vicio de la volun
tad en función del error que hace sufrir a la víctima. Pero esto no significa que la noción del dolo y su consagración como vicio de la voluntad sean inútiles y superfluas, como lo han preteqdido algunos, porque la teoría del dolo complementa en la práctica la teorí~ d(:tI error. En efecto, consistiendo este último en un estado sicológico, su comprobación judicial ordinariamente resulta difícil. Pero como el dolo, por regla general, se traduce en manio
bras positivas que sí dejan huellas o rastros, la verificación de estos facilita el establecimiento del error.

Por lo dicho, se comprende que las relaciones entre el dolo y el error son estrechas y de gran importancia, y que constituiría un verdadero atentado contra la seguridad de la autonomía de la voluntad privada la supresión de cualquiera de estos dos vicios del consentimiento.

243. EL ERROR EN U. CAUSA y EL DOLO. En este punto resulta interesante comprobar que la teoría del dolo dirimente, consagrada en el arto 1515 del Código Civil, confirma la teoría que hemos expuesto sobre la invalidez de los actos jurídicos por el error en la causa, o sea, en los móviles o motivos determinantes en general. Según el artículo citado, para que la voluntad quede viciada por el dolo se requiere que este sea determinante, es decir, que haga nacer en la mente de la víctima un móvil o motivo determinante para contratar, móvil o motivo que, por hipótesis, es falso y erróneo. Luego, si la ley sanciona con la nulidad los actos jurídicos en que interviene el dolo, lo hace en razón del error que este produce en los móviles o motivos determinantes de la víctima. Siendo esto así, sería ilógico que la ley dejara de invalidar los actos jurídicos realizados a causa de un error en los mismos móviles o motivos determinantes cuando dicho error fuera fortuito!:;.

244. EL DOLO CIVIL y EL DOLO PENAL. Tanto en lo civil como en lo penal, el delito consiste en un acto o en una omisión ilícitos cometidos con la intención positiva de inferir injuria o daño, es decir, con dolo propiamente dicho. De suerte que no existe diferencia específica alguna entre el dolo civil Y el dolo penal. Es solamente la mayor o menor gravedad del hecho o de la omisión, gravedad que se mide por el daño social que estos producen, lo que determina que la ley no se contente en ciertos casos con deducir de ellos consecuencias puramente civiles, tales como la nulidad de los actos

jurídicos y la obligación de indemnizar los perjuicios, sino que también los sancione penalmente.

245. EL DOLO Y EL FRAUDE. Algunos expositores del derecho civil también han querido establecer una distinción entre el dolo y elfmude, diciendo que el primero consiste en los artificios engañosos que una de las partes ejecuta con el ohjeto de obtener el consentimiento de la otra parte, al paso que el
segundo consiste igualmente en artificios engañosos, pero que no han sidoi ejecutados en la celebración de un contrato, sino extracontmctualmente. Co-!
mo esta distinción tampoco se funda en una diferencia específica entre el dolo y el fraude, sino solamente en la pretensión de imponer una doble denominación para el mismo hecho, debe ser rechazada por equívoca e innecesaria. Las expresiones dolo y fraude son sinónimas y así las emplea el Código Civil colombiano.

246. LA PRUEBA DEL DOLO. El arlo 1516 preceptúa: "El dolo no se presume sino en los casos especiales previstos por la ley. En los demás dehe proharse".

Como es sabido, el efecto propio de las presunciones legales consiste en exonerar de la carga de la prueba a quien alega un hecho. Por consiguiente, si la ley presume el dolo en ciertos casos, es claro que quien lo alega no necesita probarlolli. A la inversa, si en determinado caso la ley no presume el dolo, es obvio que quien lo alega debe producir su prueba, conforme a los principios generales del derecho probatorio. De manera que el citado arto 1516 del Código Civil es innecesario y redundante.

Pero sí interesa observar que el dolo puede ser establecido judicialmente por cualesquier medios probatorios autorizados por la ley, confesión, testimonio, indicios, etc.

I Olllnelll calliditatem, fallacimn, machinationem ad circun-veniend111n, Jallendum, decijJien
,hllllve alter/un adhibitam (LAIH:O, Digesto,!. 1, t. 3, De dolo malo, I. 4, par. :1).
" PLANIOL y RIPERT, Traité élémentaire de droit civil, t. n, Paris, 1939, núm. 1061; COLIN y CAPITANT, C01lrs élé-mentaire de droit civil franr;ais, t. n, Paris, 1939, núm. 42; jossERAND, COllrs de droit civil Positiffranr;ais, t. n, Paris, 1932, núm. 93; CLARO SOLAR, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, t. Xl, Santiago de Chile, 1937, núms. 822 y 826; casación del 23 denoviembre de 1936, "G.J.", núm. 1918, pág. 483.
:1 JOSSERAND, C01lTJ..., cit., t. n, núm. 96.
4 An. 935; dr. COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. n, núm. 45; en contra, CLARO SOLAR, ob. cit.,
l. XI, núm. 830.
PLANIOL. y RIPERT, ob. cit., t. I, núm. 1852, y t. n, núms. 1063 y 2254; CLARO SOI"\R, ob.Clt., t. XI, núm. 833.
6 Ibídem.
7 Casación del 23 de noviembre de 1936, "G.J.", núm. 1918, pág. 483.
8 MOOUN y CAPITANT" ob. cit., t. Il, núm. 44.
9 CLARO SOLAR, ob. cit., t. XI, núm. 835; casación del 29 de junio de 1911, "G.J.", t. x,,<:,pág. 104.
10 COLlN y CAPITANT, ob. cit., loc. cit.
11 Digesto, lib. I, t. ~, De dolo malo, par. 2, t. ~.
12 Casación del 2~ de noviembre de 1936, "G.J.", núm. 1918, págs. 483 y ss.
13 CfL CLARO SOL\R, ob. cit., t. XI, núm. 823.
14 CfL COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. n, núm. 42;
15 CLARO SOLAR, ob. cit., t. XI, núm. 923;

16 PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. n, núm. 1065.
17 Véase núm. 228, sufJm.
18 Cfr. ans. 109, ordinal 6", 768 Y 1025, original 3.

CAPÍTULO III

LA FUERZA O VIOLENCIA

247. CONCEPTO. Por fuerza o violencia se entiende toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico. Dicha presión produce generalmente en la víctima un sentimiento de miedo o temor que la coloca, si así se puede decir, en un estado de necesidad, o que le resta la libertad de decisión requerida por la ley para cualquier manifestación de la voluntad privada. De manera que la voluntad prestada bajo el imperio de la fuerza o violencia es imperfecta: está viciada de falta de espontaneidad, aunque por 10 dicho se comprende que el verdadero vicio de la voluntad no está constituido por la fuerza en sí misma, sino por la impresión de temor que infunde en el ánimo de la víctima. Así lo entendieron los jurisconsultos romanos, quienes emplearon preferentemente la expresión metus para designar esta causal de invalidez de los actos jurídicos 1.

248. LA FUERZA FÍSICA Y LA FUERZA MORAL. Como ya se dijo, la fuerza es física o moral, según la naturaleza de

los hechos que la constituyen. La primera consiste en toda coacción material sobre la persona de la víctima, como los maltratamientos, la tortura, el secuestro, el hipnotismo, ete. La segunda consiste en amenazas encaminadas a intimidar a la víctima ya crear en su ánimo la resolución de consentir en el acto jurídico para librarse del mal con que se la conmina, como las amenazas de muerte, de secuestro de un pariente, de destrucción de una fábrica, etc.

249. LA FUERZA ABSOLUTA Y LA FUERZA COMPULSIVA. Atendiendo a sus efectos, la fuerza será absoluta (vis absoluta) cuando llega hasta el aniquilamiento total de la voluntad de la víctima, como cuando una persona hipnotiza a otra o le conduce materialmente la mano para hacerla firmar una escritura, o sea, que en estos casos la víctima obra sin voluntad alguna, hasta el punto de poderse decir que no es ella sino la fuerza misma la verdadera causa del acto. Pero, fuera de estos casos extremos, en los cuales necesariamente la fuerza tiene que ser física, porque las amenazas nunca son capaces de aniquilar la voluntad, los efectos de la violencia son relativos; tan solo privan a la víctima de la libertad de decisión requerida por la ley para el ejercicio de su voluntad jurídica. Así, quien se presta a la celebración de un acto como el secuestro o la tortura, o bajo la amenaza de tales actos violentos, voluntariamente resuel.

ve un dilema que se le plantea: opta por celebrar el acto, para librarse así de otro mal actual o futuro. Al proceder de esta manera realiza, pues, un acto voluntario, a pesar de que su natural libertad de decisión se encuentre mermada (coactus voluit sed voluit). De ahí que en la mayoría de los casos la fuerza física o moral apenas si constituye móvil determinante,

de donde le viene la denominación de fuerza compulsiva (vis compulsiva), vicio del consentimiento.

Nuestro Código Civil no consagra la clasificación de la fuerza últimamente mencionada, porque el art. 1513 de dicha obra se limita a expresar que "la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición...". De suerte que, en razón de sus efectos, la única clasificación de la fuerza admisible en nuestro derecho civil es la que distingue entre la fuerza que, por alcanzar la intensidad requerida por la ley, constituye vicio de la voluntad o fuerza dirimente, y la que es indiferente, por falta del grado necesario para producir dicho efecto.

¿Significaría esto que el sistema positivo colombiano sea censurable, por cuanto desconoce el poder destructivo que indudablemente ejerce la fuerza absoluta sobre la voluntad de la víctima? Ciertamente no, si para resolver el mencionado problema se consultan los dictados de la conveniencia práctica. En efecto, la seguridad del comercio exige que todo acto jurídico aparentemente normal se presuma existel).te y válido mientras no se demuestre judicialmente lo contrario, como también que tal acto pueda consolidarse definitivamente por la ratificación de los interesados o por una corta prescripción de las acciones que a estos se confieren para atacar la situación aparente. Dichos efectos se logran sometiendo las manifestaciones de voluntad que se encuentran en las circunstancias notadas al régimen propio de la nulidad relativa, y no al de la inexistencia, conforme al cual el acto inexistente no puede producir efectp alguno sin necesidad de declaración judicial, ni puede tampoco ser saneado mediante ratificación o prescripción. Ahora bien, como la fuerza, aun la ~bsbluta, siempre se oculta tras la apariencia normal del acto jurídico celebrado bajo su imperio, está de acuerdo con las necesida-

des del comercio que este último se presuma existente y válido, como también que pueda consolidarse por la nÚifica-ción de la víctima y por la prescripción cuatrienal de la ac-ción rescisoria, todo lo cual se consigue con la aplicación del régimen jurídico de los vicios de la voluntad sancionados con la nulidad relativa2.

l. La fuerza dirimente

250. CONDICIONES PARA QUE LA FUERZA VICIE LA VOLUNTAD. Como ya lo hemos explicado, el art. 1513 del Código Civil exige para el efecto indicado que la fuerza alcance cierta intensidad. Pero, además, es necesario, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, que la fuerza también sea
injusta. De manera que las condiciones de que se trata son dos, a saber: una de orden cuantitativo, y otra de índole cuali-tativa:1.

251. a) CONDICIÓN CUANTITATIVA. Los jurisconsultos romanos, inspirados en la filosofía estoica, se mostraron excesivamente rigurosos con las personas que se prestaran a la celebración de un acto jurídico bajo el imperio de la fuerza. Solamente admitieron ellos que esta pudiera constituir vicio de la voluntad cuando alcanzara una intensidad tal que la hiciera merecer el calificativo de atroz (vis atrox), por ser capaz de intimidar a un hombre de gran coraje (homo cons-tantissimus), inhmdiéndole el temor de un gran mal (metus majoris malitatis).
Semejante criterio, forjado para superhombres, necesariamen-te dejaba sin protección en la mayoría de los casos a las

víctimas de la violencia, por lo cual ha sido abandonado por el derecho moderno que, más comprensivo de la naturaleza humana, pondera la intensidad de la fuerza atendiendo a las condiciones personales de la víctima. Es decir, que el criterio abstracto, inflexible e inoperante del derecho romano, se ha sustituido por otro criterio concreto, flexible y, sobre todo, más humano.
Reza el art. 1513 de nuestro Código Civil: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una fuerte impresión en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".
Parece, a primera vista, que nuestro Código Civil, lo mismo que el derecho romano, acogiera un criterio general y abstracto, comoquiera que el texto legal trascrito comienza por decir que "la fuerza nq vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresiónlfuerte en una persona de sa no juicio". Mas esto no es así, porque el propio texto dispone, en seguida, que se deben tener en cuenta "la edad, sexo y condición" de la víctima, con lo cual reduce el problema a la investigación concreta de los hechos constitutivos de la fuerza, combinada con la investigación acerca de la personalidad de la víctima. Con esta adición, la apreciación de la fuerza o, mejor aún, de su intensidad, varía según que se ejerza sobre un hombre o sobre una mlúer, sobre un adolescente o sobre un hombre maduro, sobre un enfermo o sobre una persona sana, sobre un ignorante o sobre un sabio, etc. En otros términos: la edad, el sexo, la salud, la instrucción, la profesión, la práctica en los negocios y todas las otras circunstancias personales de la víctima son factores que influyen decisivamente en la determinación concreta de la intensidad de la

fuerza", Pero, además, es necesario combinar la mencionada investigación sub
jetiva con el examen de los hechos, constitutivos de la fuerza, porque el art. 1513 del Código Civil exige tambIen que estos sean capaces de producir en la víctima "una impresión fuerte", "un justo temor de un mal irreparable y grave". Por consiguiente, para declarar viciado el consentimiento poda violencia no basta averiguar si la víctima es una mujer, o un anciano decrépito, o un campesino ignorante. Además, es necesario medir el hecho en sí mismo. Por ejemplo, las amenazas de muerte o de incendio constituyen, por su gravedad, causas suficientes de intimidación, aun para personas de recio carácter. Pero la amenaza de "hacer mal de ojo" auna sementera, apenas si puede tener poder de intimidación para un campesino ignorante. Esta Última investigación objetiva servirá al juzgador para negar el carácter de vicio de la voluntad a todo acto de fuerza física o moral que carezca de la intensidad suficiente para conmover a la presunta víctima, por aplicación del principio "el vano temor no excusa" (vani timorisjusta excusatio non est)".

Por otra parte, teniendo en cuenta la posibilidad de que una persona sea insensible a las amenazas dirigidas contra ella, pero que se impresione y conmueva hondamente ante el peligro de otras a quienes se encuentra unida por vínculos de afecto, el legislador ha reconocido expresamente como constitutivo de fuerza "todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descedientes a un mal irreparable y grave". En vista de esta enumeración que trae el art. 1513 del Código Civil, los comentaristas se preguntan si el consentimiento también queda viciado cuando se ha obtenido mediante la amenaza de causar mal irreparable y grave a personas distintas del cónyuge, los ascendientes o descendientes de la vícti-

ma, como, por ejemplo, a un hermano, a un tío o sobrino, o a la persona con quien aquella tiene promesa matrimonial.
Este problema de interpretación, que también se suscita en Francia, ,debido a que el Código de Napoleón trae la misma enumeración que el nuestro, ha sido resuelto por la mayoría de los intérpretes de dicho sistema en el sentido de declarar viciado el consentimiento en todo caso en que para obtenerlo se haya infundido a la víctima el temor de ver expuesta a un mal grave a cualquier persona cuya desgracia deba conmover a aquella. Siguiendo a DOMAT y a POTHIER, los civilistas franceses dicen, con razón, que todas las veces que una persona consiente en la celebración de un acto jurídico para salvar a un tercero, quienquiera que este sea, del mal con que se le amenaza, la voluntad no es libre; y agregan que, aun suponiendo que realmente permanezcamos insensibles ante la desgracia de las personas que no entran en la enumeración legal, no se puede admitir que el legislador haya consagrado este egoísmo feroz como regla jurídica de la humanidad, egoísmo que resultaría todavía más irritante cuando se ofreciera respecto de un hermano
"Casación del9 de febrero de 19::12, "G.J.", núm. 188::1, pág. 46::1, 2' Y ss.

O hermana y, en general, respecto de cualquiera de aquellas personas que deben inspirarnos hondo afecto y que, sin embargo, no entran en la enumeración legal.
Pero ¿qué efecto produce, entonces, la comentada disposición del art. 1513 de nuestro Código Civil? Partiendo de la base ya sentada de que dicho artículo no pretende formular una lista limitativa de los casos en que la voluntad puede quedar viciada por la fuerza o violencia contra terceras personas, hay que concluir, de acuerdo con una doctrina aceptada también por la mayoría de los intérpretes franceses y colombianos, que la

referida enumeración legal equivale a una presunción de vicio de la voluntad por el empleo de la fuerza o violencia contra el cónyuge, los ascendientes o descendientes de la víctima. En virtud de esta presunción, la carga de la prueba se desplaza y corresponde al interesado en el mantenimiento del acto establecer que la víctima no ha sufrido la intimidación que se presume. Por el contrario, respecto de personas distintas de las relacionadas por la ley no existe presunción alguna y, en consecuencia, quien alegue haber consentido para evitar un mal a estas, deberá probar que la fuerza ha sido suficiente para producirie una fuerte impresión, debido a los vínculos de afecto que con ellas le ligan'i.

252. b) CONDICIÓN CUALITATIVA. Para que la fuerza sea capaz de viciar la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia tradicionales exigen también que ella sea injusta. Y se entiende por tal todo acto de violencia física o moral que no encuentre legitimación en el ordenamiento jurídico. Así, las amenazas de golpear al deudor para obligario a cumplir o a celebrar un arreglo con el acreedor constituyen fuerza injusta, porque es censurable que una persona pretermita las vías de derecho y se haga justicia por su propia mano. Por el contrario, la fuerza es justa o lícita cuando está autorizada por el ordenamiento jurídico, como la que consiste en ejercer las acciones judiciales reconocidas por la ley para la eficacia de los derechos. Esta fuerza justa no puede ser invocada como un vicio de la voluntad. Así, el deudor que ha celebrado transacción con su acreedor, no puede alegar la nulidad de esta, so pretexto de haber sido violentado su consentimiento con la amenaza de la acción judicial pertinente?

253. ABUSO DE UIS VÍAS DE DERECHO. No obstante lo dicho, es de advertir que hasta el mismo ejercicio de las vías

de derecho puede convertirse en fuerza injusta cuando tal ejercicio es irregular o abusivo. Bien está que una persona defienda y haga valer sus derechos, recurriendo si es preciso a la utilización de la fuerza pública. Cabalmente esta ha sido instituida para el amparo de los derechos reconocidos por las normas jurídicas. Pero el uso irregular de dicha fuerza no se justifica en ningún caso. Apartar las vías de derecho de su destinación natural y ponerias al servicio de fines reprobables, equivale a convertirias en vías de hecho ínjustas y abusivas. De esta suerte, la doctrina tradicional siempre ha reconocido que si, por una parte, no puede haber violencia ilícita en e! ejercicio normal de las acciones judiciales y, en general, en el empleo de las vías de derecho (non videtur vim Jacere quijUTe suo utitur et ordinaria actione experitur), también debe admitirse, por otra parte, que el ejercicio irregular de aquellas vías puede llegar a viciar la voluntad en los actos jurídicos. Así, por ejemplo, si un acreedor demanda o amenaza demandar a su deudor para que este cumpla o se allane a un arreglo equitativo, tal presión constituye acto legítimo; pero si el acreedor pretende aprovecharse de la penuria de! deudor para obtener de él una promesa excesiva de pago, amenazándolo con e! ejercicio de una acción judicial, tal acto se convierte en medio ilegítimo de intimidación que restringe indebidamente la libertad jurídica de! deudor y que, por tanto, vicia su voluntad.

254. EL TEMOR REVERENCIAL. Con fundamento en este mismo criterio de orden cualitativo, queda también excluido e! temor reverencial del concepto de la fuerza injusta. Si una persona, por ejemplo, celebra un contrato movida por e! temor de desagradar a sus padres, a su benefactor o a cualquiera otra persona a quien deba sumisión y respeto, dicho contrato no puede ser invalidado por e! vicio de la fuerza,

porque, a pesar de que la voluntad del agente no haya sido completamente libre, la intimidación no previene de vías de hecho censurables y contrarias a las buenas costumbres, sino de sentimientos naturales que deben ser estimulados.
Pero es claro que si al temor reverencial se agregan actos censurables, tales como maltratamiento s o amenazas irúustificadas, la situación cambia totalmente y la voluntad de la víctima queda viciada. Por esta razón, e! art. 1513 de! Código Civil se preocupa por declarar el verdadero sentido de la expresión temorreverencial, expresando que este es "el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto".

255. EL ORIGEN DE LA FUERZA o VIOLENCIA. Dándose los dos requisitos anteriormente analizados, ninguna otra condición es necesaria para que la voluntad quede viciada por la fuerza o violencia. De suerte que e! origen de esta es indiferente, al contrario de lo que sucede respecto de! dolo, que, según hemos visto, no vicia la voluntad sino cuando es obra de una de las partes en el acto o contrato. Tratándose de la fuerza, sobra toda distinción en tal sentido: para que la voluntad quede viciada, basta que cualquier persona haya empleado fuerza o violencia para obtenerla, conforme a la disposición expresa del art. b 14 del CódIgo CIVIL

Esta solución legal es justa Y bien fundada, porque la institución civil de los vicios de la voluntad tiende, ante todo, al amparo d.e la au.tonomía de esta, Y la imposición de sanciones al autor del dolo o de la vIolencIa apenas SI constituye un fin secundario.

256. LA FUERZA DE LA NATURALEZA. Las razones que acabamos de exponer han inducido a la doctnna a declarar

que la voluntad tambIen queda viciada cuando el temor que determina su manifestación no procede de un acto ejecutado por el hombre, sino de un hecho de la naturaleza, como una tempestad o una inundación, a lo menos en aquellos casos en que una persona, aprovechandose de las fuerzas naturales, trate de obtener ventajas indebidas de la víctima. a la jurisprudencia de los tribunales franceses ha ratificado esta tesis doctrinaria en varias ocasiones, declarando, por ejemplo, la invalidez de los contratOs de salvamento marítimo, cuando el capitán de la nave en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocer una recompensa evidentemente desproporcionada en relación con el servicio prestado. Por el contrario, dichos tribunales mantienen la validez del contrato de salvamento celebrado en condiciones equitativas.

La precitada solución guarda armonía con la teoría general de la fuerza o violencia, que exige invariablemente la injusticia de esta para que constituya un vicio de la voluntad. En efecto, las fuerzas de la naturaleza, en sí mismas, repugnan toda estimación ética, cuyo objeto propio es la conducta humana. Por consiguiente, nunca se puede decir que tales fuerzas, por sí solas, sean iI-uustas. Pero cuando una persona se aprovecha de ellas para romper la igualdad jurídica que debe reinar en los contratos, a pesar de que estrictamente dicha persona no pueda ser considerada como la causa eficiente y material de tales fuerzas, sí las convierte en instrumentos suyos y les trasmite el factor teleológico injustificable que autoriza la protección a la víctima. Más aún: en toda hipótesis de utilización de la fuerza física para

inducir a alguien a la celebración de un acto jurídico, ordinariamente lo que hay es un aprovechamiento de medios naturales para alcanzar un fin injusto.

¿Qué diferencia puede haber entre el acto de una persona que se sirve del mecanismo de un arma de fuego para obtener lucro contractual, y el acto del marino que logre el mismo resultado aprovechando el peligro creado por una tempestad. Concretamente ninguna: ambos actos son igualmente injustos y solamente se diferencian en cuanto a los hechos materiales empleados para detitos vandálicos hasta su ejecución.
Estas Últimas consideraciones nos autorizan para admitir en el derecho civil colombiano la referida solución jurisprudencial francesa. Es decir que, en nuestro sentIr, se debe rechazar la solución clásica propugnada todavía hoy por muchos civilistas, conforme a la cual la voluntad no se debe declarar viciada por la fuerza o violencia sino cuando esta es obra directa de una persona que la haya producido y empleado para intimidar a otra 11, y, es timamos, por encontrarlo, que se debe reconocer el propio efecto a la fuerza natural, a condición de que sea injustamente aprovechada por una persona con el fin indicado. Si, en general, no se puede decir que los hombres sean, en sentido estricto, la causa eficiente de la fuerza física, repetimos que no se puede establecer diferencia alguna entre la intimidación producida por el peligro que apareja el funcionamiento del mecanismo de un revólver y el peligro que implica una tempestad, cuando uno u otro son utilizados con una finalidad injusta. Pero también insistimos en la necesidad de exigir siempre este último requisito de orden teleológico, porque la fuerza justa, lo mismo que la que escapa a toda valoración ética, no puede ser sancionada por las normas jurídicas. Esta solución queda expresamente cobijada por el art.

1514 de nuestro Código Civil, que reza lo siguiente: "Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya

empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento". Como se ve, pues, lo que este artículo san ciona es el emPleo mismo de la fuerza con una finalidad indebida, y no la pro ducción directa de la fuerza, que es lo que pretenden los civilistas que no están de acuerdo con la soluciónjurisprudencial francesa ya comentada.

En forma todavía más amplia las legislaciones suiza, alemana e italiana han enfocado este problema desde el punto de vista de la teoría de la lesión, declarando inválidos los actos jurídicos en que una persona, aprovechándo se de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de otra, se hace prometer para sí o para un tercero ventajas económicas desproporcionadas con lo que, a su vez, da o prometel2. De suerte que en estos sistemas no se presentan discusiones entre sus intérpretes acerca de si el aprovechamiento indebido de la penuria ajena ocasionada por un estado de necesidad es o no condenable. Pero, como entre nosotros, lo mismo que en Francia, la teoría de la lesión carece del desarrollo y de las aplicaciones que la justicia exige para ella, dicho problema se ha resuelto mediante una interpretación extensiva de la institución de la fuerza o violencia, vicio de la voluntad, según lo anteriormente dicho.

257. LA VIOLENCIA GENERALIZADA. Como es sabido, durante más de treinta años el país estuvo azotado por una ola de violencia, desencadenada por pasiones y enmarcados en delitos vandálicos hasta que se sumaron a estos y en vIrtud de un acuerdo patriotico entre los dos grandes partidos históricos, dicha violencia quedó reducida a unos pequeños focos que continuaron actuando a manera de guerrillas y al amparo de nuestras extensas zonas selváticas. A causa de esa violen-

cia, que llegó a generalizarse por largo tiempo, numerosos individuos y familias se desplazaron hacia las ciudades, muchos de ellos abandonando sus bienes, cuando no enajenándolos a menos precio, o sea, con aprovechamiento indebido de sus adquirentes.

Con el propósito de remediar esta grave situación y de restablecer la justicia entre quienes se veían forzados a celebrar contratos notoriamente lesivos con beneficio desproporcionando para quienes se aprovechaban de la penuria de aquellos, el Congreso expidió la ley 201 de 1959, por la cual se les concedió a los así damnificados una acción rescisoria de los contratos celebrados en las apuntadas circunstancias.

Pero no comprendió el legislador que era llegado el momento de modi ficar nuestra arcaica institución de la lesión enorme, reformándola, según ya lo habían hecho los Códigos alemán, suizo e italiano, entre otros, en el sentido de hacerla operante en todos los casos de explotación indebida de los estados de necesidad ajena. No comprendió que la doctrina y la jurisprudencia de otros países, por ejemplo Francia, se habían visto precisadas a recurrir a procedimientos de hermenéutica ingeniosos pero artificiosos, como lo fue el de servirse de la institución clásica de la fuerza para hacerla actuar en un campo que no es el suyo propio: el del desequilibrio económico en los contratos. En efecto, la sanción de nulidad del acto afectado por la violencia obedece al criterio subjetivo de que esta priva a la víctima de la libertad necesaria, pero no al de que el acto celebrado bajo el imperio del temor revele una desproporción entre las prestaciones de las partes, vicio este que ya no es subjetivo como el temor, sino objetivo, y que debe ser sancionado por medio de una organización adecuada de la lesión enorme. En suma, la cita da ley 201: no trató dicho problema en la forma técnico jurídica que requería su solución, al contrario de lo que ya habían hecho otras legisla-

ciones modernas, sino que consagró legislativamente el recurso hermenéutico de que se habían valido la doctrina y la jurisprudencia de países en los cuales, como
en el nuestro, la institución de la lesión enorme es un rezago fragmentario e injusto del derecho romano decadente con base en los comentarios que anteceden, examinemos los elementos axiológicos de la acción rescisoria consagrada por la ley 201. Son ellos:
a) el acto o contrato debe haberse celebrado durante la vigencia del estado de sitio decretado por conmoción interior. Desde luego, esta restricción no se JustIfica en doctrina, porque si la finalidad pretendida por la ley fue la de proteger la autonomía de la voluntad privada contra la violencia generalIzada y el aprovechamiento indebido de la voluntad, el criterio determi:lnte de la efectividad de aquella es el estado de necesidad o intimidación de la víctima, el que podría darse con prescindencia de la referida medida
oficial, cuya adopción o cuya derogatoria pueden coincidir o no con la real perturbación del orden público, como también depender de meras consideraciones de conveniencia política; b) el acto o contrato debe haberse celebrado bajo el imperio de la violencia generalizada, o sea que no es bastante la sola declaratoria del estado de sitio, porque, se repite, la sanción establecida por la ley, consistente .en la anulación de dicho acto o contrato, obedecia la injusticia que aquella implica y que, en la doctrina del estado de necesidad, reside en el aprovechamiento indebido de la situación calamitosa en que se encuentra colocada la víctima, y no en la medida política adoptada por el gobierno precisamente para remediar situaciones de dicha índole; y c) las condiciones del contrato han de ser tan desfavorables para una de las partes que permitan presumir, a la vez, que esta no las habría aceptado en circunstancias normales y que la otra parte ha aprovechado indebi-

damente la intimidación de aquella. De esta suerte, se configuran los requisitos generales para que la fuerza sea considerada como vicio del consentimiento: el de que ella alcance una intensidad tal que determine a la víctima a celebrar el contrato, y el de la injusticia, que aquí se hace consistir en el aprovechamiento de la violencia generalizada para obtener las ventajas correlativas al considerable detrimento experimentado por la víctima en razón de dicho contrato. Como se ve, el presupuesto legal de que se trata reproduce, en su integridad, el criterio adoptado por la doctrina denominada "del estado de necesidad" desde su prístina aparición jurisprudencial en Francia. Recuérdese, en efecto, que en el ejemplo clásico ya citado del salvamento de un navío en peligro, los tribunales franceses hicieron depender la validez o la anulación del contrato, de que la recompensa por tal servicio fuera equitativa o excesiva, respectivamente 14.

II. La fuerza indiferente

258. CONCEPTO. Acabamos de ver que la fuerza o violencia constituye vicio del consentimiento y causal de nulidad relativa de los actos jurídicos cuando reúne dos condiciones, a saber: a) cuando consiste en actos capaces de producir en la víctima una fuerte impresión, un justo temor de un mal grave e irreparable, y b) cuando es injusta, es decir, cuando no está autorizada por el ordenamiento jurídico. Ahora bien, faltando cualquiera de estas dos condiciones, la fuerza o violencia es indiferente, a lo menos en lo que se refiere a la validez de los actos jurídicos. Por consiguiente, pertenece a esta categoría cualquier acto, por injusto que sea, cuya intensidad no sea sufiCIente para intimidar a la víctima, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, como si un viejo .achacoso amenaza

a su fornido deudor con darle d golpes si no cumple su obligación. Y a la misma categoría de la fuerza ind ferente pertenecen todos aquellos hechos del hombre o de la naturaleza que no pueden ser tildados de injustos, bien sea porque estén autorizados dentro del ordenamiento jurídico, bien sea porque rechacen la estimación. Así, el ejercicio de las acciones judiciales y las amenazas de ejercerlas son ind ferentes mientras sean justas, vale decir, mientras el agente use regularmente de ellas, y es también indiferente un hecho de la naturaleza, como una ten' pestad en el mar, mientras alguien no se aproveche de él para obtener un beneficio injusto a expensas de la víctima que lo sufre.

SECCIÓN V

EL FORMALISMO EN LOS ACTOS JURÍDICOS

I. La voluntad y el formalismo

259. CONCEPTO. En el derecho moderno, la voluntad, que constituye la sustancia de los actos jurídicos, por regla general puede manifestarse libremente, o sea, sin necesidad de sujetarse en su expresión a formas o ritualidades preestablecidas, v. gr., al otorgamiento de escrituras, al pronunciamiento de

juramentos o de palabras sacramentales, a la concurrencia de funcionarios públicos o de testigos, etc. En esto consiste el principio dicho de la consensualidad de los actos jurídicos, cuya fórmula consagrada reza que "el solo consentimiento obliga" (solus consensus obligat). De suerte que la nota fundamental del mencionado principio es la libertad en la escogencia de las formas para la expresión de la voluntad jurídica.

260. DEFINICIÓN DEL FORMALISMO. En qué consiste, entonces, el formalismo, que se nos suele presentar como un sistema antagónico al de la consensualidad de los actos jurídicos? Pues, precisamente, en la sujeción de las manifestaciones de la voluntad privada a formas predeterminadas. Pero esta definición, por sí sola, no permite alindar el papel que desempeña el formalismo en el derecho moderno, dominado, como ya se dijo, por el principio de la consensualidad de los actos jurídicos. Para esto último será indispensable que recor demos, siquiera sea a¡ grandes rasgos, la senda histórica que han seguido en el derecho occidental estos dos grandes principios opuestos hasta llegar a su actual estado de coordinación.

261. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES ENTRE LA VOLUNTAD Y EL FORMALISMO. a) EL DERECHO ROMANO. El antiguo derecho quiritario, lo mismo que todos los sistemas jurídicos arcaicos, estuvo dominado por un rígido formalismo que abarcaba, por igual, las relaciones familiares, la adquisición de los bienes, la celebración de los contratos y, en general, todas las manifestaciones de la vida civil. Basta recordar que la regla nuda pactio obligationes non parit, que constituyó siempre una de las bases fundamentales de las instituciones jurídicas romanas, nunca fue aplicada tan estricta y rigurosamente como en

esa época presidida por una mentalidad bárbara que no podía concebir la posibilidad de que la sola voluntad privada tuviera poder suficiente para atar vínculos jurídicos. Propio es de una mentalidad primitiva atribuir todos los efectos jurídicos a la observancia de ciertas solemnidades o ritos, por 10 general de origen religioso; para ella, el derecho es ant: todo un p~ocedimiento. Así, el nexum (contrato peraes et libram), la forma verbzs, cuya van edad más importante y usual era la stiPulatio, y la forma litteris, fueron los únicos e imprescindibles procedimientos solemnes aptos para dar vida jurídica a las escasas transacciones que se celebraban durante esa etapa económica de tipo familiar que presidió los primeros siglos del pueblo romano.

Tal fue, pues, el sistema contractual típicamente simbolista del viejo derecho quiritario, sistema que quizá resulta extraño a nuestra mentalidad, como nota GlRARD, pero que tenía innegables ventajas en su tiempo por la seguridad y precisión con que rodeaba la celebración de los escasos actos jurídicos. Pero, hacia fines de la República y, especialmente, durante el Imperio, tanto el engrandecimiento territorial de Roma, como el progreso de su civilización y el pujante desarrollo de su comercio interno y exterior, determinaron la aparición de nuevos tipos, contractuales que, sin derogar el antiguo principio formalista, atenuaron sus rigores y lo adaptaron a las nuevas necesidades. Así, alIado del nexum y de los contratos verbis y litteris, todos ellos muy solemnes y de interpretación estricta (stricti juris), aparecieron los contratos re (mutuo, prenda, comodato y depósito), los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), los contratos innominados (do ut des, do utfacias,facio ut des,facio utfacias), los pactos pretorianos (de constitutuum, receptum nautarum, etc.) y los pactos legítimos (de donación y de constitución de dote), en los cuales, a excepción de los

contratos consensuales y de los pactos pretorianos y legítimos que se perfeccionaban por el solo consentimiento, fueron sustituidos los ritos simbólicos por otras condiciones, a la vez de forma y de fondo, como la entrega o tradición de la cosa en los contratos reales y la ejecución de una prestación en los innominados. Pero no hay que olvidar que, a pesar de estas innovaciones, el derecho romano continuó siendo fundamentalmente formalista, aun en los últimos años del Imperio. La antigua regla nuda pactio obligationes non parit nunca perdió su vigor, sino que rigió siempre a manera de principio general para todos aquellos casos, ciertamente los más numerosos, en que las convenciones de los interesados no podían amoldarse a los nuevos contratos típicos, es decir, a los consensuales, reales e innominados, ni a los pactos pretorianos y legítimos. En aquellos casos era indispensable recurrir a las viejas formas solemnes, v. gr., a lastiPulatio, so pena de que las respectivas convenciones no alcanzaran existencia ni eficacia jurídica 1.

262. b) EL DERECHO MEDIEVAL Y EL MODERNO. Probablemente, si el derecho romano hubiera continuado su lenta evolución del rígido formalismo hacia el principio de la consensualidad de los actos jurídicos, habría culminado con la abolición de la regla nuda pactio obligationes non parit. Probablemente, también, el refinamiento intelectual habría permitido a lo, juri,con,ultOs l

romanos sacrificar sus ideas conservadoras en provecho del comercio y establecer así un sistema en que se reconociera plenamente la eficacia jurídica de la sola voluntad privada, como ya lo habían hecho en los contratos consensuales y en los pactos pretorianos y legítimos, cuya sola admisión nos demuestra cuán cerca estuvieron aquellos jurisconsultos del

principio solus consensus obligat, valiosa adquisición de épocas posteriores.
Pero a la caída de Roma entró a regir en el Occidente un sistema jurídico mucho más arcaico y bárbaro que la primitiva legislación romana: el derecho germánico, íntegramente dominado por el más crudo simbolismo, con lo cual el proceso de evolución que hemos venido señalando, lejos de adelantar, retrocedió considerablemente y se estancó por varios siglos. En este sistema la forma ordinaria de obligarse consistía en dar al acreedor una varilla (festuca) u otra cosa mueble de poco valor (wadia)2.
El renacimiento del derecho romano, iniciado en el siglo XII por los glosadores de la Escuela de Bolonia, y el desarrollo del derecho canónico moderaron un tanto el crudo simbolismo germánico, creando un sistema mixto, compuesto de elementos germánicos, romanos y canónicos, que rigió hasta muy avanzada la Edad Media. Este sistema, combinado también, era formalista por principio, aunque menos riguroso y más refinado que sus ingredientes. En él, alIado del contrato por wadia, las formas más usadas vinieron a ser la del contrato por carta muy generalizada entre los letrados, y la del contrato por juramento, que no tardó en convertirse en la forma ordinaria de la contratación, gracias a su simplicidad y al respeto que infundían las sanciones canónicas que aparejaba la violación de la palabra prestada bajo
juramento.
En general, los canonistas se esforzaron por consagrar la eficacia de todas las convenciones, aunque estuvieran completamente desprovistas de solemnidades de cualquier género, y así llegaron a imponer el postulado solus consensus obligat\ que llegó a convertirse en axioma jurídico a partir del Renacimiento y, especialmente, por la influencia de la Escuela del Derecho de Gentes de HUGO GRacIa.

Pero sería un error creer con algunos que la consagración en el continente europeo del principio solus consensus obligat apenas si data de esta última época, porque no se puede olvidar que la legislación española medioeval ya lo tenía consignado, y, por cierto, con términos muy precisos. En efecto, es verdad que las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio reprodujeron los principios y formulismos del derecho romano, desenterrados por los glosadores, especialmente los propios del contrato verbis, y que señalaron expresamente las ritualidades a que se debían sujetar, análogas a las de lastipulatio romana4.

Pero estos principios y formulismos no alcanzaron a regir, porque el Ordenamiento de Alcalá de Henares, promulgado en el año de 1348, al decretar la
vigencia de las Siete Partidas, suprimió las solemnidad~s que estas requerían
y, en su lugar, consagró el principio de la consensuah?ad de. los contratos.

Esta última ley reza así: "Paresciendo que alguno se qUISO oblIgar a otro por promissión o por algún contrato o en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir "prometiendo con cierta solemnidad de derecho", o que fue hecho el contrato y obligación entre ausentes, o que se obligó alguno que daría otro, o haría alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro"". Esta misma fórmula fue reproducida después por la Novísima Recopilaciónli.

263. c) EL RENACIMIENTO DEL FORlYfALISMO. Hasta aquí hemos reseñado un ciclo evolutivo del derecho occiden-

tal, que se inicia en el vetusto derecho quiritario rígidamente simbolista, para culminar, tras algunas vicisitudes, en el consensualismo avanzado del Ordenamiento de Alcalá, del Renacimiento y
de la escuela de HUGO GROCIO. Mas ahora debemos advertir que los siglos posteriores, principalmente el XIX, Y el XX, registran nuevas oscilaciones y revelan un movimiento de retroceso o de renacimiento del formalismo, según suelen denominarlo algunos civilistas7. En efecto la experiencia ha revelado que un sistema tan liberal como el que presidió la infancia del derecho con
temporáneo no se encuentra exento de peligros y que estos crecen y se multiplican a medida que la civilización avanza, dando nacimiento a relaciones sociales cada vez más numerosas y complejas. Verba volant decían los latinos con sobrada razón, porque de las palabras no queda constancia alguna, se.ol
vidan o, a lo menos, pierden con el trascurso del tiempo su genuina significación, y, entonces, los negocios también pierden la seguridad y precisión que les son tan necesarias. Este defecto, propio de los sistemas puramente consensuales, pasa a convertirse en grave peligro para los agentes y para los terceros a medida que el desarrollo económico impone a cada individuo una función especializada y la necesidad creciente de recurrir a otras personas en busca de todo lo que él no puede proporcionarse a sí mismo; a medida que los esfuerzos individuales se suman para obtener mayores rendimientos,
creando un formidable y creciente ejército de personas morales invisibles que actúan en el comercio como si fueran auténticos hombres; a medida que la apropiación particular y la parcelación progresiva de las riquezas dificultan la organización adecuada de los derechos reales, ete. De esta suerte "el eXceso de cultura produce efectos análogos a los de la sim-

plicidad e ignorancia de los pueblos antiguos, y la solemnidad de los actos jurídicos reaparece
por tOdas partes, bajo formas nuevas y con los nombres de autenticidad, re
gistro, transcriPción, ete., aunque esto ya no es simbolismo sino desconJianza"8.

La propia iniciativa particular trata, entonces, de eludir los peligros del comercio puramente consensual y crea el uso de la escritura, a lo menos para los actos jurídicos de alguna importancia, uso que está propiciado por el
progreso del alfabetismo. El legislador, por su parte, también hace suyo este
movimiento de desconfianza y procura proteger y asegurar los intereses de los agentes y de los terceros mediante la imposición obligatoria de ciertas formas de expresión de la voluntad privada. Así, exige este que todos los actos de cierto valor se hagan constar por escrito y excluye para ellos la frágil prueba testimonial; reorganiza el notariato y crea oficinas de registro de documentos, de personas jurídicas, del estado civil, etc.; protocoliza la situación y la tradición histórica de los derechos reales inmuebles en las oficinas notariales, de autenticación, de registro, de conservación, ete. En una palabra, el legislador acoge e impone un verdadero renacimiento del formalismo jurídico, con el fin de aminorar los peligros que apareja un régimen comercial absolutamente libre. Con estas importantes medidas legislativas se configura el sistema contemporáneo que se caracteriza por el predominio del principio de la consensualidad de los actos jurídicos, conveniente para la rapidez y la flexibilidad del comercio, pero atenuado por la aplicación progresiva, aunque todavía excepcional, del principio formalista.

II. La clasificación del formalismo legal

264. PRECISIÓN. La anterior reseña de las varias etapas cumplidas en el enfrentamiento entre los principios de la consensualidad y del formalismo en los actos jurídicos, nos permite establecer en ¡este último una clasificación general, fundada en los diversos grados de int~ns~dad que tal principio ha alcanzado durante su evolución histórica. Dicha clasificación se puede resumir en la distinción bien conocida entre el formalismo ad solemnitatem y el formalismo ad probationem.

265. a) EL FORMALISMO "AD SOLEMNITATEM". Teóricamente consiste: o bien en la negación categórica del poder jurídico de la voluntad privada, o bien en la declaración de su insuficiencia como fuente de los efectos jurídicos. Si lo primero, el formalismo se presenta por su arista más aguda cual es la delsimbolismo, propio de las legislaciones arcaicas y caracterizado por la atribución de toda la eficacia jurídica a la sola observancia de las ritualidades o solemnidades prescritas por la ley. En el simbolismo la voluntad no cuenta, la forma lo es todo (jorma dat esse rei). Si lo segundo, el formalismo reviste su aspecto moderno, según el cual la solemnidad apenas si es un compl.emento de la voluntad: es el medio necesario para que esta, verdadera sustancia de los actos jurídicos, pueda ser tenida en cuenta por el derecho.
Prácticamente, el formalismo ad solemnitatem, en sus dos grados antedichos, consiste siempre en la restricción de los medios de expresión de la voluntad privada, mediante el señalamiento de formas absolutas, fuera de las cuales esta se tiene por no manifestada, se reputa inexistente. Por tanto, bien podemos definir conIHERING el acto solemne diciendo

que "es aquel en el cual la inobservancia de la forma jurídica repercute sobre el acto mismo"!). Así, por ejemplo, la compraventa de bienes inmuebles en Colombia es un acto solemne, porque tiene que pasarse por escritura pública, de tal suerte que si esta formalidad se omite, el contrato se tiene por no celebrado, la convención de las partes no nace a la vida jurídica.

Para terminar los perfiles de la noción del formalismo ad solemnitatem hay que declarar que la restricción que este implica en cuanto a los medios de expresión de la voluntad siempre tiene que ser positiva, o sea, que debe consistir invariablemente en el señalamiento de formas determinadas y absolutas cuya inobservancia repercute sobre la existencia misma del acto respectivo. Por consiguiente, es impropio hablar del formalismo ad solemnitatem, refiriéndose a ciertas restricciones meramente negativas de la libertad en la escogencia de aquellos medios, como cuando no se admite la aceptación de la oferta por el silencio de su destinatario, porque en tal caso el agente es libre de elegir cualquiera otro de los medios autorizados, como el otorgamiento de un escrito, la manifestación verbal, etc. Estas restricciones negativas, a no dudarlo, revelan cierto intervencionismo jurídico en el ejercicio de la voluntad privada, pero no constituyen aplicaciones del formalismo adsolemnitatem, comoquiera que los actos así intervenidos pueden formarse perfecta y váli
damente fuera de tales restricciones. '

1 I

266. b) EL FORMALISMO "AD PROBATIdNEM". Coincide con el anteriormente descrito en cuanto ambos suponen la restricción positiva de la libertad de expresión de la voluntad, o sea, el señalamiento de formas jurídicas determinadas a que dicha expresión debe amoldarse, y en cuanto ambos persiguen las mismas finalidades, cuales son el aseguramiento, la

precisión, la claridad y la conservación de los actos jurídicos. Pero el formalismo ad probationem difiere fundamentalmente del formalismo ad solemnitatem, en cuanto aquel no incide o repercute en la formación yperfeccionamiento de los respectivos actos, sino únicamente en la prueba de ellos, vale decir, en la manera de acreditarlos judicialmente. El acto formal ad probationem nace perfecto y válido, independientemente de la forma legal prescrita; solo que la inobservancia de esta forma dificulta y hasta puede impedir totalmente la demostración judidal de aquel. Podemos, pues, definir el acto formal ad probationem, diciendo que es aquel en que la omisión de la forma jurídica solamente repercute sobre la prueba del acto.

III. El formalismo en el derecho colombiano

267. PRECISIÓN. Este, al igual que todos los sistemas positivos modernos, consagra el principio general de la consensualidad de los actos jurídicos, que implica, según ya lo sabemos, tanto el reconocimiento de la eficacia jurídica de la voluntad privada como la libertad en la escogencia de las formas o medios de expresión de la voluntad. Por consiguiente, la gran mayoría de los actos jurídicos unilaterales, convenciones y contratos reglamentados, reconocidos o autorizados por nuestra legislación civil, son simplemente consensuales, porque se perfeccionan por la sola voluntad del agente o agentes, sin necesidad de recurrir a ninguna forma especial y predeterminada por la ley (art. 1500).

Sin embargo, el formalismo no ha sido totalmente descartado de la

legislación civil colombiana, sobre todo en consideración a motivos relacionados con la seguridad del comercio, con el orden público y con la salvaguarda de los intereses legítimos de los agentes y de los terceros. Por estos motivos y otros semejantes, nuestro Código Civil exige, aunque excepcionalmente, que ciertos actos se revistan de solemnidades especiales, sin las cuales
no pueden producir efecto alguno, se reputan inexistentes, y la ley 153 de 1887 exigía también que todos los actos que contuvieran la entrega o promesa de dar algo que valiese más de quinientos pesos, se hicieran constar por escrito y se acreditaran por medios probatorios distintos del testimonio.
Además, el Código Civil autoriza a los particulares para someter voluntariamente sus actos a las condiciones de forma que estimen convenientes, siempre que estas no se opongan a las normas 'legales imperativas sobre la formación de dichos actos. Significa todo esto que el derecho civil colombiano registra tres tipos o categorías del formalismo, a saber: a) el formalismo ad
solemnitatem; b) el formalismo ad probationem y c) el formalismo voluntario. A continuación daremos una breve idea de cada uno de ellos.

268. a) EL FORMALISMO "AD SOLEMNITATEM". El art.1500 del Código Civil dice que "el contrato oo' es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades, de manera que sin ellas no produce ningún efecto", fórmula esta que cuadra perfectamente no solo a los contratos solemnes, sino, en general, a cualquier convención y a cualquier acto unilateral que se
encuentre en las mismas condiciones legales, como la cancelación de hipotecas, el testamento, la tradición de bienes inmuebles, etc.

Por otra parte, las solemnidades prescritas por nuestra legislación civil no son uniformes, sino que varían según la diversa naturaleza de los actos subordinados a ellas y según la finalidad perseguida con el establecimiento
legal de dichas solemnidades. Así, unas veces la ley exige el otorgamiento de
una escritura privada, como en la promesa de contrato (ley 153 de 1887, arto 89)Uhis; otras veces requiere, además de la escritura privada, la concurrencia de cierto número de testigos, como en las capitulaciones matrimoniales, cuando los bienes aportados al matrimonio juntamente por ambos esposos no valgan más de mil pesos, y en cuanto no se constituyan derechos sobre bienes raíces (art.1772); otras veces prescribe el otorgamiento de escritura pública, como en los contratos que determinan obligaciones de hacer tradición de bienes inmuebles, V. gr., en la compraventa, la permuta o la donación (decreto 960 de 1970, arto 12); otras veces la escritura pública debe ser inscrita en el registro de instrumentos para que el acto sea perfecto, como en la constitución de fideicomiso sobre inmuebles (art. 796) y en la hipoteca (art. 2435), etc. Todos estos ejemplos tienen en común el sello de la solemnidad impreso por la ley, pero difieren entre sí por la diversidad de las formas que esta solemnidad reviste en atención a la naturaleza particular y también diversa de los actos modalizados por ella.
Importa recordar igualmente a propósito de este tema que los contratos reales, cuyo perfeccionamiento está sometido a la entrega o tradición de su objeto, hoy día pueden calificarse de "injustificables rezagas del formalismo romano", porque en el derecho moderno, dominado por el principio de la consensualidad de los actos jurídicos, no se ve razón valedera para su conservación y supervivencia. Menos mal que algunas importantísimas instituciones contemporáneas, como el préstamo

bancario flotante, en virtud del cual el prestatario puede retirar y abonar parcialmente las sumas prestadas dentro del plazo convenido, como la prenda sin desapoderamiento, que no requiere entrega o tradición al acreedor, etc., vienen minando lenta, pero ciertamente, las bases de los contratos reales y condenándolos a desaparecer en día no lejano.

269. b) EL FORMALISMO "AD PROBATIONEM". La integridad propia de la contratación meramente consensual introdujo en el derecho europeo intermedio la práctica consuetudinaria, propiciada por la expansión del alfabetismo, de consignar por escrito los negocios de alguna importancia, práctica que se erigió posteriormente en canon legislativo. Así, nuestra ley 153 de 1887 dispuso en su art. 91 que "deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos". Pero, como ya se explicó, no se trataba aquí de un caso o manifestación del formalismo ad solemnitatem, comoquiera que el mencion~do texto legal no erigió la forma escrita en requisito para el perfeccionamIento de los actos cuyas prestaciones excedieran de quinientos pesos, de tal manera que la omisión de aquella forma produjera la inexistencia de estos. En efecto, el sistema que, en su conjunto, instituyeron los arts. 91 a 93 de la citada ley y el 1767 del Código Civil es claro. Todo él se redujo a lo siguiente: a ordenar la forma escrita para los actos cuyas prestaciones aisladamente consideradas excedieran de quinientos pesos (art. 91) y a excluir el testimonio, cuya insinceridad y peligro son proverbiales, como medio probatorio de la celebración de tales actos (art. 1767), o de sus modificaciones y adiciones, aunque estas modificaciones y adiciones no llegasen al valor indicado (arts. 91 y 92). Pero, excepcionalmente, sí se aceptó la referida prueba testimonial: 1 Q) cuando existiera, por lo menos, unprinciPio de prueba por escrito, o sea, un acto

escrito del demandado o de su representante, que no bastase para acreditar plenamente el hecho litigioso, pero que sí lo hiciera verosímil; 2Q) cuando se demostrase que no había sido posible obtener una prueba escrita, y 3Q) en los demás casos exceptuados por la ley, como cuando se tratase de actos mercantiles no solemnes (ley 153, art. 93, y C. de Co. derogado, art. 183).

Estas excepciones estaban demostrando, pues, que la ley no erigió la forma escrita en requisito para la existencia o para la validez de los actos de que se trata, porque todas ellas conducían al reconocimiento de la plena eficacia de dichos actos, a pesar de que se hubiera omitido esa forma.

Además, como la sanción claramente establecida por las comentadas disposiciones legales se redujo a la exclusión de la prueba testimonial respecto de los actos que se debían consignar por escrito, se concluye que estos sípodían ser probados siempre por otros medios de convicción, como la confesión de parte, lo que no se compaginaría con el supuesto de que la ley hubiera pretendido hacer solemnes todas las manifestaciones de voluntad cuyo valor sobrepasara a la suma de quinientos pesos lO. Otra cosa sucede, por el contrario, con la compraventa de inmuebles cuando no se ha otorgado por escritura pública confqrme a la ley, porque entonces tal contrato no existe, ni produce efectos, ni¡ p~ede acreditarse de ninguna manera (arts. 1500 y 1760). Es que aquí se trata ya de la omisión de la forma ad solemnitatem, omisión que sí repercute sobre el acto mismo.

El ejemplo clásico del formalismo ad probationem es el anteriormente descrito, o sea, el que se fundó en la desconfianza en la prueba testimonial e indujo, primeramente a la iniciativa privada y luego al legislador, a someter los actos jurídicos de cierto valor a la prueba escrita, pero sin que la inobservancia de este requisito afectase la existencia misma

de dichos actos, los cuales podían acreditarse por medios distintos del testimonio y aun por este en ciertas condiciones especiales.

Nuestro actual Código de Procedimiento Civil, inspirado en el principio de la libertad de los jueces en la apreciación probatoria, derogó el precitado sistema de la ley 153 de 1887 y, por ende, el ejemplo clásico del formalismo ad probationem. Dispone el arto 232 de dicho Código: "La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio gr~ve de la inexistencia del res~ecti:o act?, a menos que por las circunstancIas en que tuvo lugar haya sIdo ImpoSIble obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

De esta suerte, la prueba testimonial solamente queda excluida cuando la ley exija el escrito como solemnidad, con lo cual nada se ha innovado, pues ya se dijo que la inobservancia de la forma solemne repercute sobre el acto mismo. En los demás casos queda a discreción del juez, habida cuenta de que por las circunstancias haya sido imposible obtener el escrito, o de que el valor

del acto y la calidad de las partes justifiquen su omisión, determinar si la
ausencia del escrito constituye o no un indicio grave de inexistencia del acto,
desde luego desvirtuable por otras pruebas, como la confesión y aun por el
testimonio.

En nuestro sentir, esta reforma no es afortunada. Una teoría, por nove
dos a que sea, como la de la libertad de los jueces en la apreciación probatoria,
no justifica la supresión de un sistema nacido de la desconfianza en la
consensualidad de los actosjurídicos y en los innegables peligros que rodean
la prueba testimonial. Además, dicho sistema estaba abonado por la expe
riencia milenaria de pueblos de gran cultura.

270. c) EL FORMALISMO VOLUNTARIO. En fin, los actos jurídicos consensuales pueden quedar elevados a la categoría de actos solemnes, porque los agentes resuelvan someter el perfeccionamiento de ellos a la observancia de ciertos requisitos de forma, v. gr., el otorgamiento de una escritura pública
o privada, con la intención clara de que no produzcan efectos mientras tales requisitos no sean cumplidos. El Código Civil reconoce expresamente estos actos voluntariamente formales al disponer en sus arts. 1858 y 1979 que si los contratantes estipularen que la compraventa o el arrendamiento no se reputen perfectos hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, cualquiera de aquelJos podrá retractarse hasta que asíse haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa vendida o arrendada, respectivamente.

Mas la precitada regla es de aplicación general en todo el campo de los actos jurídicos y no solamente en los contratos de compraventa y arrendamiento, porque la ley autoriza a los particulares para subordinar los efectos de sus manifestaciones de voluntad a cualesquiera condiciones lícitas y posibles, caracteres que reúne la condición que consiste en el otorgamiento de una escritura o en el cumplimiento de otra formalidad semejante. Sin embargo, es claro que en presencia de una estipulación de esta clase se hace indispensable determinar si realmente se trata de una verdadera condición suspensiva de la eficacia del acto respectivo, porque también puede suceder que los agentes solamente hayan querido procurarse una prueba de su celebración o alcanzar otra finalidad indiferente a la existencia misma del acto. Entonces, la sola formación del consentimiento bastará para dar vida jurídica a dicho acto. De ahí que los citados arts. 1858 y 1979 del Código Civil dispongan que, a pesar de haberse estipulado el otorgamiento de escritura pública o privada en la compraventa o en el arrendamiento, la facultad de retractación que se reconoce a los contratantes únicamente podrá ser usada por estos cuando no se haya procedido a la entrega de la cosa vendida o arrendada, lo que se explica porque tal entrega demuestra que la voluntad de dichos contratantes no fue realmente la de diferir el perfeccionamiento del acto hasta el otorgamiento de la escritura pactada! l.

De lo anteriormente expuesto se concluye que la voluntad privada también es fuente de una especie de formalismo de efectos semejantes, a lo menos en parte, a los del formalismo ad solemnitatem de origen legal. Pero no podemos decir lo propio respecto del formalismo ad probationem, porque las normas del derecho probatorio son de orden público y, por ello, no pueden ser derogadas ni modificadas por los particulares (art. 16). Así, la cláusula que se suele insertar en los

contratos de arrendamiento de pacotilla, según la cual el arrendatario no podrá acreditar el pago de los cánones sino con la presentación del correspondiente recibo escrito, tiene manifiesto objeto ilícito y, por ende, es absolutamente nula.

271. LA FORMA SOLEMNE COMO REQUISITO PARA LA EXISTENCIA Y PARA LA VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS. El art.1502 del Código Civil, que pretende enumerar todas las condiciones para la existencia y para la validez de los actos jurídicos, omite la forma solemne, que constituye, no obstante, una de las más impor
tantes y caracterizadas de tales condiciones. '

Pero, para apreciar con exactitud el verdadero papel que hoy desempeña la forma solemne en el nacimiento de los actos jurídicos, hay que tener siempre presente la evolución histórica del formalismo, pues ya sabemos que en las legislaciones arcaicas este comienza por ser un crudo simbolismo caracterizado por la atribución de todo el poder jurídico a las formas o ritualidades que lo constituyen, y que va perdiendo paulatinamente su intensidad a medida que la cultura progresa y se refina, hasta que llega el momento en que el formalismo, si bien no desaparece totalmente, a lo menos queda reducido a la categoría de principio secundario, prácticamente supeditado al de la consensualidad de los actos jurídicos. Por tanto, si en el simbolismo primitivo la forma solemne lo es todo, en el sentido de que cualquier otro elemento de la actividad jurídica particular, sobre todo la voluntad, solo cuenta en función de aquella y hasta puede ser suplido por elJa (jorma dat esse rei), en el formalismo moderno la forma solemne apenas si es una condición
necesaria para ciertos actos, por esto llamados solemnes, pero en los cuales también es indispensable la concurrencia de otros requisitos o condiciones

distintos e ineludibles, como la capacidad legal y el consentimiento sano de
los agentes, la causa y el objeto lícitos, ete. (art. 1502). Por consiguiente, hoy
día constituye grave error de apreciación, como en varias ocasiones 10 ha
declarado nuestra Corte Suprema, pretender que un acto solemne puede
existir por el solo hecho de que al celebrarlo se hayan observado todas las
formalidades prescritas por la ley en consideración a la naturaleza de él,
aunque carezca de otro u otros de los requisitos que le son igualmente nece
sarios, v. gr. el consentimientol2. Semejante tesis sería cierta en el primitivo derecho quiritario, pero no en los sistemas modernos, en donde la voluntad
constituye la verdadera sustancia de los actos jurídicos y en donde la forma
solemne es una especie de complemento de aquella. En el mismo orden de
ideas: también incurren en error quienes pretenden que en Colombia puede
existir y producir plenos efectos un acto solemne que reúna todos sus requi
sitos legales, a excepción de las solemnidades que le son propias, como una
compraventa de bienes inmuebles celebrados por escritura privada, porque
esto equivale a ignorar que en nuestra legislación dichas solemnidades, la escritura pública en nuestro ejemplo, constituyen el único y exclusivo medio de expresión de la voluntad, de tal manera que, fuera de ellas, esta se tiene

por no manifestada, se reputa inexistente. En conclusión, en el derecho civil patrio la forma solemne es un requisito tan necesario para la existencia de
los actos solemnes, como 10 son la voluntad y el objeto en todos los actos jurídicos, y, por tanto, la ausencia de aquel requisito está sancionada inexo
rablemente con la inexistencia misma del respectivo acto solemne. Así, la com
praventa de bienes inmuebles por escritura privada, la prome-sa civil verbal
de contratar, el testamento ológrafo, ete., no pueden producir efecto alguno, como 10 dicen el art. 1500 del Código Civil Y el art. 265 del Código de Procedimiento Civil, sencillamente porque tales actos no existen, porque jurídicamente se tienen por no celebrados u otorgadosD.

272. LA INOBSERVANCIA DE LA PLENITUD DE LA FORMA SOLEMNE. La ley no se limita a indicar las varias solemnidades que prescribe para ciertos actos jurídicos, sino que también reglamenta, de ordinario minuciosamente, los elementos y detalles integrantes de ellas. Suscítase, por tanto, una delicada cuestión al respecto: habiéndose observado, a 10 menos en su esencia, la solemnidad legal pertinente, pero no en toda su plenitud, por haberse omitido alguno o algunos de sus detalles propios, ¿cuál es la situación del acto respectivo? ¿Será este inexistente? ¿O será nulo? ¿O existirá válidamen-te? Un ejemplo aclarará el problema: un testamento público o nuncupativo se ha otorgado por escritura ante notario, como 10 manda la ley; pero se ha pretermitido algún requisito de dicha solemnidad, como la firma de uno de los testigos o del otorgante. Se pregunta aquí: por este último motivo, ¿el

testamento no existe? ¿O es nulo? °, por el contrario, ¿existe válidamente?

En primer lugar, hay que advertir que aquí se parte del supuesto de que la solemnidad legal se ha observado, a lo menos en su esencia, porque de no ser así, el problema ya está resuelto de antemano: la voluntad de los agentes no se ha manifestado por el único medio autorizado por la ley y, por tanto, el acto jurídico se reputa inexistente. En nuestro ejemplo: la escritura pública es, por definición legal, un instrumento otorgado ante notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo (art. 1758); luego, si el testamento no se ha otorgado ante un notario o quien haga sus veces, falta esencialmente esa solemnidad denominada escritura pública y, por consiguiente, tampoco existe jurídicamente el acto mismo sometido a ella.

Declarado este punto fundamental, hay que agregar que la respuesta adecuada al interrogante planteado depende de la importancia que la propia ley atribuya a cada uno de los requisitos que exige como componentes de las solemnidades respectivas. En principio, se puede decir que todos los requisitos o formalidades ad solemnitatem deben ser cumplidos, so pena de que los actos respectivos queden viciados, porque es de presumir que la ley los ha exigido, complicando así el ejercicio de la autonomía de la voluntad, inspirada en los mismos criterios de seguridad e int~rés social que la han llevado a consagrar la institución de los actos solemnes. Sin embargo, este criterio no es ni puede ser absoluto, porque también es posible que algunos requisitos legales de forma solamente persigan la mayor claridad de los actos jurídicos o algo semejante, sin que su omisión afecte seriamente el elevado interés social vinculado a la institución de la solemnidad, considerada en su cOl~unto. En tal caso la ley misma debe encargarse, como efectivamente lo hace, de declarar que

la inobservancia de tales requisitos no perjudica ni la existencia ni la validez de los actos respectivos. En la escritura pública prescrita para la compraventa de bienes inmueble s y otros actos se requieren las
firmas enteras de los otorgantes, so pena de nulidad, como lo dispone el art. 2595 del Código Civil. De suerte que tales firmas son necesarias para la referida forma solemne. Pero el art. 38 del decreto-ley 960 de 1970 excluye la mencionada sanción, cuando las firmas, aunque no sean enteras o no sean fácilmente legibles, están acompañadas de la denominación completa del firmante; de donde se infiere que la integridad y la claridad de las firmas de los otorgantes de una escritura pública es conveniente para la claridad del acto, pero no es absolutamente indispensable ni para su existencia ni para su validez.

Ahora bien, las precitadas consideraciones sobre el problema de la plenitud de la forma solemne nos permiten ensayar una clasificación general de los elementos o requisitos integrantes de dicha forma, atendiendo al papel que desempeñan o, mejor aún, a los efectos que su omisión produce sobre los actos respectivos, a saber: a) requisitos esenciales, que son aquellos cuya omisión implica la inexistencia de la solemnidad legal misma y, Co
secuentemente, la del acto respectivo, como la intervención del notario o que haga sus veces en la escritura pública; b) requisitos para el valor, sin los cuales el acto existe, pero es inválido, o sea, nulo, como las firmas de otorgantes de una escritura pública, y c) requisitos indiferentes, cuyo cumplimiento es conveniente, pero cuya inobservancia no afecta ni la existencia la validez del acto, como la integridad y claridad de las mencionadas firmas

En fin, solo falta agregar que la nulidad que sirve de sanción a la omisión de los requisitos formales para el valor de los

actos jurídicos es absoluta, como expresamente lo declara el art. 1741 del Código Civil.

273. REFERENCIA. Todas las reglas enunciadas en los pasos anteriores seran aplicables al formalismo voluntario, o sea, al que estipulan los agentes con el propósito de que produzca los efectos propios del formalismoadsolemnitate de origen legal. Mas tales reglas son ajenas al formalismo ad probation el como este lo es a la existencia y a la validez de los actos jurídicos.

SECCIÓN VI

EL OBJETO DE LOS ACTOS JURÍDICOS

l. Concepto y acepciones legales

274. CONCEPTO. Hemos visto que para que se configure un acto jurídico no basta cualquier manifestación de voluntad, sino que es necesario que el agente o agentes persigan un objetivo jurídico, cual es la creación, modificación o extinción de relaciones de tal índole, aunque no se ocupen en señalar pormenorizadamente todo el contenido específico de dicho acto, ya que las normas jurídicas pertinentes al reconocerlo se ponen en movimiento y se encargan, por vía imperativa o supletiva, de llenar los vacíos de que adolezca.

Lo anteriormente dicho permite establecer la distinción entre el objeto genérico y el objeto específico de los actos jurídicos. El primero consiste en esa intención abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales, en el ejercicio de la facultad que para ello confiere a los particulares el postulado de la autonomía de la voluntad privada, o sea, que es un requisito también genérico de todo acto jurídico. El segundo, que es el que aquí nos interesa, está constituido por el contenido especifico de cada acto, determinado por las regulac~ones voluntarias de los agentes o, en su defecto, por las normas destinapas a completar o a suplir la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza del mencionado acto. Así, para que exista una compraventa es suficiente que las partes manifiesten su intención de obligarse recíprocamente y que convengan en la cosa vendida y en el precio (elementos esenciales), porque la ley ya se ha ocupado en señalar todos los efectos propios de dicho Contrato (elementos naturales), tales como el régimen del saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios de la cosa vendida, etc., a lo que se agrega que dichas partes también pueden descartar o modificar estos efectos legales, en cuanto las normas respectivas sean de índole supletiva (elementos accidentales). No así si son imperativas. De esta suerte, pueden ellas estipular que no habrá lugar al saneamiento por los conceptos mencionados, o limitarlo a ciertas circunstancias o a cierta cuantía.

De suerte que el objeto de los actos jurídicos se identifica con el contenido jurídico específico de ellos (objeto específico), o sea, con los efectos de dicha índole que están llamados a producirse, bien sea en razón de la voluntad de los agentes, o bien por ministerio de la leyl.

275. EL OBJETO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL. Lo primero que al respecto hay

que censurarle a este estatuto es que pierde de vista la noción general de lo que
es el objeto específico o contenido jurídico, aun en lo tocante a los contratos, mediante los cuales y siguiendo el ejemplo de sus modelos pretendió estructurar el régimen de todos los actos jurídicos. Así, a vuelta de relacionar debidamente, aunque denominándolos impropiamente como "cosas", los elementos esenciales, naturales y accidentales que integran ese contenido (art.
1501), seguidamente pierde la visión panorámica y el concepto único del
objeto que ella impone, 10 cual lo conduce a confundir dicho objeto, o sean
los fines específicos voluntarios y legales de los actos jurídicos, unas veces con las prestaciones propias de las obligaciones provenientes de los contratos, otras veces con las cosas que son materia de los actos y, en fin, otras veces, con los actos mismos. Por otra parte, el régimen establecido por el Código en relación con el objeto se diluye en una serie de disposiciones casuísticas que dificultan y oscurecen su entendimiento.

276. LAs DIVERSAS ACEPCIONES LEGALES DEL OBJETO. El art. 1502 exige que todo acto o declaración de voluntad recaiga sobre un objeto lícito. Pero, como acabamos de advertirlo, nuestro Código Civil no ofrece una noción general y unívoca de dicho requisito, sino que le atribuye tres acepciones distintas, a saber:

a) Según el art. 1517, "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer". La lectura de este texto legal demuestra que en su redacción se incurrió en la impropiedad de la doctrina tradicional y de la legislación francesa, las cuales confunden e!

objeto de las obligaciones provenientes de los contratos con el objeto de estos:
dar, hacer o nq hacer algo es e! objeto de las obligaciones. De suerte que, solamente por elipsis e incurriendo en inexactitud, el citado art. 1517 atribuye a los actosJundicos e! objeto propio de las obligaciones que de algunos de ellos se derivan. De todas maneras, con 10 anteriormente dicho queda declarado que e! requisito de tener todo acto jurídico un objeto lícito consiste, según este artículo, en que las prestaciones estipuladas por las partes sean lícitas, y así tales prestaciones influyen en la formación y la validez del acto.
b) El art. 1518 comienza por decir que "no solamente las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan...", con lo cual se le atribuye a la expresión objeto un significado distinto de! anteriormente estudiado. En efecto, segÚn este artículo, ya no se entiende que el objeto está constituido por las prestaciones propias de las obligaciones provenientes de! acto jurídico, sino por las cosas que Son materia de tales prestaciones y de la operación jurídica que el acto tiende a realizar. En este sentido y haciendo entonces una elipsis de segundo grado, se dice que la casa o el caballo materia de un contrato de compraventa es el ob
jeto de dicho contrato; y
c) El art. 1523 preceptÚa que "hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes", lo que equivale a identificar e! objeto de un acto jurídico con este mismo. Dicha tercera acepción legal, que tan repugnante se muestra desde e! punto de vista lógico, encuentra su explicación en el propósito de someter al control jurisdiccional aquellos actos que siendo lícitos en sus prestaciones y en la finalidad que persiguen, son actos ilícitos en su conjunto. Por ejemplo, la convención en cuya virtud una persona se obliga a pagar a

otra una suma de dinero para que esta se abstenga, a su vez, de realizar un hecho ilícito, v. gr., de cometer un homicidio, es un acto jurídico lícito en sus prestaciones aisladamente consideradas, porque pagar una suma de dinero y no cometer un crimen son prestaciones del todo conformes a la ley, al orden pÚblico y a las buenas costumbres. De la propia manera, la finalidad a que apunta dicha convención no es ilícita, porque con ella se trata precisamente de asegtirar el respeto al orden jurídico y moral de la sociedad. Sin embargo, es contrario a las buenas costumbres e! aseguramiento de! orden jurídico y moral mediante e! pago de dinero a las personas obligadas a respetarlo, lo que le imprime un sello de ilicitud al conjunto de la negociación.

II. Requisitos legales del objeto

277. ENUMERACIÓN. SegÚn las disposiciones pertinentes del Código Civil, tales requisitos son: A) la posibilidad del objeto; B) su determinación, y C) su licitud.

278. A) LA POSIBILIDAD DEL OBJETO. Si e! art. 1502 de! Código Civil exige que todo acto jurídico recaiga sobre un objeto lícito, es claro que este debe existir. Pero no significa lo dicho que para el perfeccionamiento de un acto, sus prestaciones o las cosas materia de este tengan que existir actualmente en el momento mismo de la celebración de aquel, sino que basta que sean
posibles, es decir, que puedan darse en el futuro, sin perjuicio de que la eficacia del acto quede paralizada hasta la existencia real y actual de ellas. De suerte que el sistema de nuestro Código Civil al respecto se puede enunciar así: la existencia de los actos jurídicos depende de la existencia real o poten

cial de sus prestaciones y de las cosas a que se refiera; pero, aunque ellas falten en el momento de la celebración de aquellos, tal celebración se puede efectuar si el objeto es posible. Solo que en este caso el acto respectivo se entiende celebrado sub conditione: si el objeto así entendido llega a existir, el acto también existirá y producirá sus efectos; pero si el objeto es o se hace
imposible, el acto se reputará como no celebrado y, por tanto, no producirá
efecto alguno.

279. EN QUÉ CONSISTE LA POSIBILIDAD DEL OBJETO. Según el arto 1518, la posi
bilidad del objeto consiste en estar este de acuerdo con las leyes de la natura
leza, y su imposibilidad en contrariadas. También habla este texto legal de
la posibilidad moral del objeto; pero como esta última nota equivale a la lici
tud, haremos de ella estudio separado, limitándonos por el momento al
análisis de la posibilidad física o natural.

Lo primero que tenemos que notar al respecto es que el citado arto
1518, incurriendo en casuismo, no exige expresamente la posibilidad del ob
jeto sino en relación con las prestaciones de hacer. "Si el objeto es un hecho
-dice- es necesario que sea física y moralmente posible". Pero es claro que
tal requisito siempre es necesario, cualquiera que sea la especie a que perte
nezcan las prestaciones producidas por el acto, porque, como ya quedó

dicho, siendo el objeto un elemento esencial de todo acto jurídico, queda
entendido que dicho objeto debe ser posible; si no lo es, no hay objeto,
porque lo imposible no existe ni puede existir. Por consi- guiente, si el acto
versa sobre obligación de dar cosa contraria a las leyes de la naturaleza, v. gr.,
un ser mítico, como un hipocentauro, o una cosa perecida con anterioridad
a la celebración de aquel, la dación es imposible y el acto carece de objet02.
y lo propio sucede respecto de las prestaciones de hacer y de no hacer: si una
persona promete tocar el cielo con la mano o no volver a respirar en un mes,
se obliga a lo imposible y semejante acto carece de objeto (ad impossibilium
nulla obligatio est). En conclusión: no pudiendo existir pres- taciones imposi
bles, cualquiera que sea su naturaleza, los actos jurídicos respectivos no
pueden existir cuando las prestaciones que producen se refie- ren a daciones,
hechos o abstenciones imposibles.
Pero, para que la imposibilidad del objeto repercuta sobre la existencia
de los actosjurídicos debe ser absoluta (erga omnes), es decir, insuperable para todo el mundo, ypermanente, o sea, insubsa- nable con el tras curso del tiempo.
Si, por el contrario, se trata de una imposibilidad relativa del deudor, por

haberse obligado este más allá de sus capacidades y medios, el respectivo acto
jurídico se perfecciona válidamente y la falta de pago de la prestación constituye incumplimiento que compromete la responsabilidad del deudor. Así,
una persona bien puede obligarse a construir un puente, aunque carezca de
la capacidad y los conocimientos necesarios, porque en tal caso el acto jurídico sí tiene objeto posible, que de no ser realizado por el deudor, da lugar
a una indemnización de perjuicios al acreedor3. De la propia manera, la imposibilidad transitoria o temporal del objeto no se opone a la formación de
los actos jurídicos, siempre y cuando que la eficacia de estos se difiera, según ya quedo dicho, hasta el momento en que el objeto pueda realizarse, es decir, siempre Y cuando que los efectos del acto se hagan pender de la condición
suspensiva consistente en la existencia futura del objet04. .

280. Los ACTOS SOBRE COSAS FUTURAS. Las reglas relativas a estos actos son mera aplicación de los principios que acabamos de estudiar sobre la posibilidad del objeto. Las necesidades del comercio imponen el reconocimiento legal de las transacciones sobre las llamadas cosas futuras, es decir, sobre aquellas cosas que no existen en el momento de la celebración de las transacciones, pero que se espera que existan en el futuro, como los frutos de la tierra, el parto de los semovientes y las mercaderías por fabricar. Solo que para evitar la ocurrencia de actos jurídicos carentes de objeto, elemento esencial, tal reconocimiento legal debe hacerse en forma condicional, o sea, de tal suerte que los derechos y las obligaciones que dichos actos están llamados a producir queden en suspenso mientras las cosas futuras a que se refie-ren no existan en la realidad. Esta es la regla consagrada por

el arto 1869 del Código Civil, la que es, repetimos, mera aplicación de los principios generales que venimos estudiando. Reza el citado texto legal: "La venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte". Contiene este artículo la distinción clásica de los jurisconsultos romanos entre la venta de cosas
futuras (emptio rei speratae) y la venta de la esperanza (emptio spei). La primera es condicional: sus efectos penden de la existencia real del objeto, porque la intención de las partes es la de subordinar la eficacia del contrato a dicha condición. Quien vende o compra el parto futuro de un semoviente no entiende que la cría deba ser entregada al celebrarse el contrato, sino después de que nazca, y, por tanto, la eficacia del contra~o queda tácitamente paralizada hasta tal momento. Por el contrario, la venta de la esperanza es pura y simple: en ella, las partes solamente negociad un¡a expectativa incierta
que puede realizarse o no; el objeto no está constituido, entonces, por una
Cosa futura, sino por el álea o azar que, por sí solo, basta para el perfeccio
namiento del contrato. El ejemplo clásico de la venta de la esperanza es el de la que versa sobre los peces o las aves que el vendedor habrá de coger en un día o en una semana5.

281. B) LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO. La prestación o prestaciones que Son materia de un acto jurídico deben ser suficientemente claras para que cada uno de los agentes sepa exactamente que es lo que puede exigir y qué sacrificios tiene que hacer en virtud de aquel. Quiere esto decir que el objeto de los actos jurídicos debe estar claramente determinado.

282. LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE HACER Y DE NO HACER. Cuando se trata de prestaciones que consistan en ejecutar un hecho o en cumplir una abstención, la determinación del objeto se debe realizar mediante la expresión clara del hecho positivo o negativo, según el caso, con indicación
de la extensión del mismo hecho, bien sea en forma expresa, bien sea por medio de datos suficientes para establecerla. Así, si una persona se obliga contractualmente a realizar un trabajo de contabilidad, además de la indicación de la naturaleza de este, es preciso que se estipulen sus términos y condiciones para qué el acreedor sepa qué puede exigir al contabilis ta y para que este conozca qué es lo que debe hacer. Dicha determinación puede verificarse diciendo, por ejemplo, "A se obliga a trabajar dos horas diarias en las cuentas del establecimiento mercantil de B". De esta suerte queda expresamente fijado el objeto de la obligación. Pero si el contrato contiene datos suficientes para inferir dicha extensión, como cuando se estipula que "A se obliga a llevar las cuentas del establecimiento mercantil de B", tampoco se peca por falta de determinación del objeto, porque una cláusula semejante a esta permite inferir sin duda que el trabajo de A debe tener la extensión necesaria para que las cuentas por llevar marchen en debida forma.

283. LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE DAR Y DE ENTREGAR. La cuestión es más compleja tratándose de estas clases de prestaciones, porque la respectiva determinación del objeto no solamente implica la determinación de la naturaleza misma de la prestación por realizar (dación o simple entrega), sino que también requiere, por mandato de la ley, que la cosa materia de dicha prestación se encuentre claral1ente determinada en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su cantidad.

284. L<\ DETERMINACIÓN DE L<\ NAruRALEZA DE L<\S cOS.<\S. Repetimos que el ob
jeto de todo acto jurídico debe ser lo suficientemente claro para que el acreedor pueda saber a qué tiene derecho y para que el deudor sepa a qué estáobligado. N o sucedería esto si en un acto jurídico se expresara que el deudor debe dar o entregar "cualquier cosa", porque una declaración concebida en semejantes términos destruye completamente el vínculo obligatorio y permite la liberación del deudor con el pago de cosa que puede no tener valor alguno ni interés para el acreedor. De lo dicho se desprende que es indispensable que en todo acto jurídico referente a prestaciones de dar o de entregar se determine en forma precisa la naturaleza de las cosas que son materia de estas prestaciones.

Ahora bien, la determinación de las cosas en cuanto a su naturaleza admite, filosófica y jurídicamente, gradaciones diversas que van desde la perfecta individualización de aquellas hasta su sola indicación genérica. Surge de aquí la importante distinción entre las obligaciones y las prestaciones de specie o cuerpo cierto y las obligaciones y las prestaciones de género. Las primeras
e on las que versan sobre una cosa individualizada en tal forma que no se
s ueda confundir con otra u otras de la misma especie, como cuando el deu
~or promete entregar el caballo Rocinante o dar el solar comprendido
dentro de ciertos linderos. En las segundas, la determinación del objeto se verifica por el género a que este pertenece, como cuando el deudor se obliga a entregar un caballo, o tres toros, o cien hectolitros de trigo, pero sin indicar cuáles. Esta clasificación de las obligaciones y prestaciones, consagrada

por la ley colombiana y que obedece a indiscutibles razones de utilidad práctica, 110 permite que se establezca una forma única para la determinación de las cosas que son materia de los actos jurídicos, por ejemplo, que se establezca que dichas cosas deban estar siempre determinadas con la máxima exactitUd, o sea, como individuos o cuerpos ciertos. Por esto, el art. 1518 del Código Civil se limita a exigir que las cosas estén determinadas en cuanto a su género. Pero hay que advertir que, aunque el acto solamente se refiera a cosas de género, estas no pueden ser dudosas. De suerte que la expresión género empleada por el texto legal, debe ser entendida siempre en el sentido filosófico de género próximo. De no ser así, podría ocurrir que no fuera posible conocer el contenido del acto jurídico ni estimar su valor económico. Por ejemplo, si en la compraventa de un caballo solamente se hablara de "un animal" o de "un mamífero", el objeto quedaría indeterminado, a pesar de que el caballo pertenece efectivamente al género animal y al más próximo de los mamíferos, a lo que se agrega que el vendedor podría liberarse de su obligación entregando al acreedor cualquier animal o cualquier mamífero, v. gr., un gato.

En síntesis: la determinación del objeto en los actos relativos a la dación o a la entrega de especies o cuerpos ciertos se debe hacer individualizando las cosas, en forma tal que no se confundan con otras de la misma especie; y si las cosas son de género, tal determinación debe hacerse mediante la enunciación del género más próximo a que pertenezcan';. 285. LA DETERMINACIÓN DE U CANTIDAD DE LAS COSAS. También la requiere el mencionado art. 1518 del Código Civil, que dispone a este respecto: "La cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". Como se observa, esta disposición legal no se ha escrito para las prestaciones de

especie o cuerpo cierto, porque ~a individualización precisa de las cosas, indispensable en tales prestaciones, Implica naturalmente la determinación cuantitativa de ellas. Así, en el contrato de venta. del caballo Rocinante no es necesario detenerse en explicaciones acerca del número de caballos vendidos. Por el contrario, esta determinación cuantitativa cobra señalada importancia respecto de las prestaciones de género. Si lo vendido es trigo, vino u otras cosas no individualizadas, es además indispensable fijar su cantidad: cien hectolitros de trigo, doce botellas de vino, tres caballos, etc. De otra suerte, sería imposible precisar el Contenido del vínculo obligatorio, y el deudor podría liberarse con una prestación irrisoria o sin interés alguno para el acreedor. En los ejemplos propuestos,
aquel podría entregar un grano de trigo, o una gota de vino, etc.
Ahora bien, la cantidad se puede determinar en el acto respectivo Con
un guarismo o en forma equivalente: cien hectolitros de trigo, doce botellas
de vino, etc. Pero también basta, según lo autoriza el citado art. 1518, que el acto f~e reglas o contenga datos suficientes para determinar dicha cantidad. Así, queda debidamente determinada para los efectos legales, la cantidad de forraje vendido, cuando solamente se expresa que está destinado a alimentar a un caballo durante una semana, porque en ese caso, dicha cantidad es "incierta", como dice el art. 1518, pero se puede determinar calculando la cantidad de forraje que necesita un caballo durante una semana.
286. C) LA LICITUD DEL OBJETO. Hay que advertir, en primer término, que para apreciar la licitud o la ilicitud del objeto de los actos jurídicos, no es necesario tener en cuenta la naturaleza de las cosas que son materia de estos, a pesar de

que el Código Civil confunda a veces, según lo hemos visto, las nociones de objeto y cosa. En efecto, las cosas, en sí mismas, escapan de toda calificación jurídica o moral; es el des tino que los hombres les dan y los actos que sobre ellas realizan los que pueden ser lícitos o ilícitos. Por tanto, el requisito mencionado solamente se puede predicar respecto de las prestaciones propias de los actos jurídicos o de estos mismos considerados en su conjunto.

Hecha esta declaración previa, precisemos entonces en qué consiste la ilicitud del objeto de los actos jurídicos. En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, que desempeña papel muy principal en
nuestro sistema legal, los particulares están autorizados para arreglar por sí mismos gran parte de sus relaciones mediante el otorgamiento de actos jurídicos y, especialmente, mediante la celebración de contratos. Pero esta autonomía de la voluntad privada está limitada por el interés general de la sociedad, ante el cual deben ceder siempre los intereses particulares. El Código Civil colombiano trata de mantener tal límite, condenando los actos jurídicos que en sus prestaciones aisladamente consideradas, o en su conjunto, o en su fin, sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Para el efecto, dicha obra legislativa consagra las instituciones del objeto ilícito y de la causa ilícita, sancionadas ambas con la nulidad absoluta. Así, en este sistema positivo se dice que un acto jurídico tiene objeto ilícito cuando sus prestaciones aisladas (art. 1518) o su conjunto (art. 1523) son contrarias al orden público o a las buenas costumbres; y se dice que tiene causa ilícita cuando la contravención a estos últimos tiene lugar en razón de la finalidad perseguida por los agentes (art. 1524).

De acuerdo con estas explicaciones, resulta que la licitud del objeto de los actos jurídicos en nuestra legislación civil consiste en que estos, en su conjuntO Y en sus prestaciones

aisladamente consideradas, se acomoden a la ley imperativa, al orden público y a las buenas costumbres. Por el contrario, la ilicitud de dicho objeto consiste en la contradicción o pugna entre los mismoS extremos (art. 1518, y C. de Co., art. 104).

287. EL OBJETO ANTE EL ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES. Ya hemos visto que la noción del orden público es muy amplia y elástica para poder dar una definición exacta de ella, pero que descriptivamente se puede decir que dicho orden está constituido por un conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes a un determinado medio social y que se consideran indispensables para la conservación de tal medio. De suerte que la noción del orden público se mezcla y confunde con el concepto del interés público o social, y así lo ha entendido el pensamiento jurídico desde la época romana7. Algunos ejemplos ilustrarán la idea: son de orden público todas las normas pertenecientes al derecho público, puesto que este se ocupa de la constitución del Estado y de los órganos que ejercen sus funciones, de las relaciones de dichos órganos entre sí y de estos con los particulares; son también de orden público, en el campo del derecho privado, todas las instituciones concernientes al estado de las personas, a la organización de familia, a los modos de adquirir la propiedad y los otros derechos reales, a la protección de los terceros contra los actos jurídicos, etc.

Basta lo anteriormente dicho para comprender que las buenas costumbres forman parte integrante del orden público, tal cual lo hemos descrito, porque la moralidad es esencial para la conservación y desarrollo de la vida social. Por consiguiente, la expresión "el orden público y las buenas costumbres", empleada con frecuencia por nuestro Código Civil, no deja de ser redundante.

288. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO ILÍCITO. Según el art. 1523 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, a lo cual debe agregarse que este principio se aplica no solamente a los contratos propiamente dichos, sino en general a las convenciones y también a los actos jurídicos unilaterales, porque la ley también prohíbe -y no pocas veces- en forma expresa la celebración de ciertas convenciones distintas de los contratos y el otorgamiento de ciertos actos jurídicos unilaterales, por considerarlos contrarios al orden público o a las buenas costumbres.
Por otra parte, para que un acto jurídico tenga objeto ilícito no es indispensable que exista una prohibición especial y concreta de dicho acto, porque en nuestro sistema positivo hayal respecto una norma general, de la que son meras aplicaciones las prohibiciones especiales contenidas en otras normas. En efecto, el art. 16 del Código Civil declara que "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". De suerte que, aunque ningún texto legal dijera que están prohibidos los actos jurídicos encaminados a modificar la estructura del Estado, o la organización de los poderes públicos, o los derechos individuales reconocidos por la Constitución Política, o el régimen de la familia, o el estado civil de las personas, etc., no por eso dichos actos dejarían de tener objeto ilícito, como quiera que siempre quedarían comprendidos dentro de la prohibición general del citado arto 16 del Código Civil. Además, ya se ha explicado también que nuestro Código Civil no acogió la tesis individualista del orden público legal e inmutable, conforme a la cual la ilicitud de un acto jurídico solamente podría fundarse en una prohibición de la ley. Los ya citados arts. 16, 1518 Y 1524 permiten ampliamente a los jueces controlar los actos jurídicos lesivos

del orden público o de las buenas costumbres, aunque respecto de ellos no exis-ta expresa prohibición legals.
Corresponde, pues, al juez decidir en cada caso concreto si un acto jurídico sometido a su consideración tiene o no objeto ilícito. Dicha labor es fácil cuando aquel está expresamente prohibido por la ley. Pero cuando no lo está, eljuez tendrá que decidir discretamente si dicho acto está o no de acuerdo, tanto en sus prestaciones como en su conjunto, con las leyes, con el orden público y con las buenas costumbres.

289. CASOS DEL OBJETO ILÍCITO POR PROHIBICIÓN ESPECIAL. El Código Civil menciona especialmente los siguientes:
290. 12) Los ACTOS CONTRARIOS AL DERECHO PÚBLICO. Entiéndese por derecho público el conjunto de normas jurídicas que determinan la estructura del Estado y, en general, de las personas, entidades y órganos que lo forman, y que regulan las relaciones de estos entre sí y con los particulares. De suerte que dichas normas son aquellas en cuya observancia está más interesado el orden público. De ahí que el arto 1519 del Código Civil declare que "hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación". Así, la promesa de someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes de la República es nula por ilicitud en su objeto.

291. 22) LA ENAJENACIÓN DE LAS COSAS QUE ESTÁN FUERA DEL COMERCIO. Se refiere a este caso el ordinal1 2) del arto 1521, que se limita a expresar que "hay objeto ilícito en la enajenación: 12) de las cosas que no están en el comercio...", pero sin definir lo que debe entenderse por estas, como tampoco lo hace ningún otro texto legal.

. Conforme a la doctrina tradicional; las cosas que están fuera del comercio son aquellas que, por su naturaleza o por disposición de la ley, no pueden constituir objeto de un derecho privado ni de los actos jurídicos. Así, las cosas comunes a todos los hombres, como el aire y el alta mar, están fuera del comercio, porque su naturaleza repugna la posesión y apropiación de ellas por una
sola persona o por una agrupación de personas y, por consiguiente, repugna
también todas las negociaciones que sobre ellas recaigan. Son cosas que
naturalmente deben beneficiar a todos los hombres y no a alguno o algunos en particular. Pero también hay otras cosas que siendo naturalmente apropiables, quedan colocadas fuera del comercio en virtud de ciertas disposiciones legales que de ordinario se inspiran en razones de interés general. Así, por ejemplo, los llamados bienes de uso público, como las calles, plazas, puentes y caminos, son cosas que están fuera del comercio en virtud de la destinación especial que las leyes les han dado (art. 674). Y pertenecen a esta misma clase de las cosas incomerciables, aunque nuestro Código Civil, por defecto de método y por casuismo, parezca considerarlos como de otras categorías distintas, los llamados "derechos personalísimos", las cosas embargadas por decreto judicial, el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, etc. Decimos que nuestro Código Civil aparenta considerar que las especies mencionadas no pertenecen a la categoría de las cosas que están fuera del comercio, porque equivocadamente las enuncia casuísticamente y por separado en el citado arto 1521.

En fin, importa tener en cuenta que las cosas que están fuera del comercio, no por su naturaleza, sino por mera disposición legal, sí pueden constituir objeto lícito de ciertos actos y que,

por consiguiente, su incomerciabilidad no es absoluta, sino simplemente relativa. Así, un particular puede obtener permiso para construir obras en un bien de uso público (art. 679), y este permiso es lícito, a pesar de que el bien no pueda se enajenado mientras su destinación legal no se cambie; las cosas embargadas por decreto judicial también pueden ser enajenadas con la autorización del juez que conoce del
proceso, etc.

292. 3Q) LA ENAJENACIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS. Así se denomi
nan las facultades jurídicas reconocidas a ciertas personas, únicamente en consideración a ellas o a la situación especial que ocupan. Dichas facultades están, pues, tan estrechamente vinculadas a su titular, que 'su enajenación a persona distinta las aparta de la finalidad que ha deter~Ülado su reconocimiento. De ahí que los derechos personalísimos estén fuera del comercio.

Entre otros, pertenecen a esta especie los derechos que se originan en el es tado civil de las personas y en la organización de la familia, como la patria potestad, el derecho de alimentos, y los de uso y habitación; ciertos privilegios, como la suspensión de las prescripciones en favor de los menores yel derecho que nace del pacto de retroventa, etcY.

La enajenación de estos derechos y privilegios personalísimos tiene objeto ilícito, conforme a lo dispuesto en el ordinal 22 del arto 1521 del Código Civil, que, por lo visto, es mera aplicación del ordinal1 2 del propio artículo.

293. 42)LA ENAJENACIÓN DE LAS COSAS EMBARGADAS POR DECRETO JUDICIAL. Las obligaciones civiles dan derecho al acreedor a obtener la ejecución coactiva de ellas, cuando el deudor no se allana a cumplirlas voluntariamente. Esta ejecución coactiva que recae sobre el patri-

monio del deudor se realiza mediante un procedimiento judicial de aprehensión y venta de bienes pertenecientes a este, en cantidad suficiente para satisfacer el derecho que se trata de hacer efectivo. Mediante el decreto de embargo, proferido en dicho procedimiento, se declara que los bienes sobre los cuales recae aquel quedan afectos al pago del crédito insatisfecho, lo que equivale a prohibir al deudor que los utilice con una finalidad diversa o, lo que es lo mismo, equivale a colocarlos fuera del comercio. Pero, como todavía podría suceder que el deudor desobedeciera la orden judicial de embargo y enajenara a terceras personas los bienes materia de ella, burlando así los derechos del acreedor, el ordinal 32 del art.1521 declara que hay objeto ilícito en tal enajenación.
Sin embargo, como el sistema que se acaba de exponer deja sin protección alguna a los terceros que de buena fe puedan negociar con el deudor ejecutado, es necesario complementar dicho sistema con la prescripción de medidas encaminadas a dar publicidad a los decretos judiciales de embargo, como también con el señalamiento preciso del momento en que estos comienzan a producir efectos contra terceros y del momento en que dejan de producirlos. Tratándose de bienes inmuebles, los decretos de embargo deben inscribirse en el registro de instrumentos públicos conforme a lo dispuesto por la ley, y solamente a partir de dicha inscripción y mientras esta dura se considera que el inmueble está embargado, terminando tal situación con la cancelación de la inscripción (C. de P. C., art. 681). De suerte que el embargo de los bienes inmuebles se consuma y produce efectos contra terceros mediante su inscripción en el registro. Respecto de los bienes muebles no existe un registro especial que permita dar publicidad a la situación jurídica en que estos se encuentran. Por c<¡mslguiente, la protección de los terceros tiene que realizarse, en tal caso, ~ed~ante la adopción de medidas comple-

mentarias de los decretos de embargo, distintas de la inscripción en un registro público. En Colombia, el embargo de los bienes muebles se perfecciona, por regla general, con el secuestro de estos, o sea, con su depósito en manos de un tercero 10. Mientras dura el secuestro, hay objeto ilícito en la enajenación de la cosa secuestrada.

Por otra parte, como la prohibición legal de enajenar los bienes embargados por decreto judicial se encamina a la protección de los derechos del acreedor, tal prohibición debe cesar desde el momento mismo en que este renuncie a dicha protección o desde el momento en que, por otros medios, se puedan poner a salvo sus intereses protegidos. De ahí que la ilicitud del objeto en este caso especial de prohibición legal no se establezca en forma absoluta sino relativa. En efecto, el ordinal 32 del arto 1521 del Código Civil indica que la enajenación de las cosas embargadas deja de tener objeto ilícito en dos casos, a saber: a) cuando el juez lo autorice, y b) cuando el acreedor consienta en ella.

a) El juez puede autorizar la enajenación de las cosas, aunque estén embargadas, caso en el cual dicha enajenación deja de tener objeto ilícito. Daráesta autorización cuando con ella no se perjudiquen los derechos del acreedor, como, por ejemplo, cuando se trate de una venta necesaria o conveniente de la cosa embargada y el precio de esta quede afecto al pago del crédito que se pretende hacer efectivo 11.

b) Repetimos que el embargo de los bienes del deudor tiende a asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Por consiguiente, si el acreedor, en virtud de un arreglo amistoso o simplemente por considerar que no sufre perjuicio alguno, renuncia a la garantía que le proporciona el embargo y presta su consentimiento para la enajenación que el deudor pretende realizar, no hay razón para considerar que dicha enajenación tenga objeto ilícito.

Por lo anteriormente expuesto se ve que el citado ordinal 32 del art. 1521 limita la ilicitud del objeto a la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial únicamente a los casos en que falten la autorización del juez y el consentimiento del acreedor.

294. 52) LA ENAJENACIÓN DE LAS ESPECIES LITIGIOSAS. Se entiende portales aquellas cosas muebles o inmuebles "cuya propiedad se litiga", es decir, que son objeto de un proceso en que se discute la propiedad de ellas. Por ejemplo, si una persona demanda en reivindicación un predio poseído por otra y esta alega ser su propietaria por haberlo adquirido en virtud de un justo título, dicho predio entra en la categoría de las especies litigiosas. Por el contrario, si una cosa es embargada en un proceso ejecutivo para el pago de una obligación, no se puede decir que aquella sea litigios a, a pesar de encontrarse vinculada a un proceso, porque en este no hay discusión sobre la propiedad de la rosa, y es tal discusión la que viene a darle el carácter de
litigiosa. i I

Ahora bien,:mientras el proceso en que se discute la propiedad de una especie no sea decidido por sentencia definitiva e irrevocable, existe incertidumbre respecto de la verdadera situación jurídica de dicha especie, a lo que se agrega que es necesario proteger al demandante contra las enajenaciones que pretenda hacer el demandado para burlar los derechos de aquel y para hacer inoperante la sentencia que se haya de dictar en el proceso. Por estos motivos, el art. 1521 del Código Civil declaró en su ordinal42 que hay objeto ilícito en la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga.

En este caso también se presenta el mismo problema que ya hemos enunciado respecto de la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, pues la declaración de nulidad de los actos de enajenación de las especies litigiosas

puede perjudicar a terceros de buena fe, lo que hace necesario el establecimiento de medidas encaminadas a dar publicidad a los litigios que se susciten sobre la propiedad de las cosas. La Ley 57 de 1887, en sus arts. 39, 40 Y 43 solucionó el problema en relación con los bienes inmuebles, disponiendo que las demandas ordinarias sobre la propiedad de dichos bienes debían ser inscritas en el registro de instrumentos públicos y que, verificada tal inscripción, aquellos se considerarían en litigio para los efectos del art.1521 del Código Civil. De suerte que, para que hubiera objeto ilícito en la enajenación de un inmueble cuya propiedad se litigaba, no bastaba que se hubiera presentado una demanda ordinaria sobre la propiedad de este, ni tampoco era suficiente que el demandado se hubiera notificado y hasta
opuesto a ella; era, además, necesaria la inscripción de dicha demanda en el
libro respectivo del registro de instrumentos públicos, y, mientras tanto, la cosa no se consideraba en litigio y su enajenación sería válida. Agrégase a lo dicho que la incomerciabilidad de los inmuebles litigiosos duraba tanto como la inscripción de la demanda en el registro, la cual solo debía cancelarse una vez terminado el litigio, o antes, si el actor no constituía, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda, la caución establecida por la ley 38 de 1945. El art. 690 del Código de Procedimiento Civil modificó el descrito régimen de las especies inmuebles, así:
Art. 690. Modificado por el decreto 2282 de 1989, art. 1 Q, núm. 346. Medidas cautelares en procesos ordinarios. "En el proceso ordinario se aplicarán las reglas que a continuación se indican:
"1. En el auto admisorio de la demanda que verse sobre dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una preten-

sión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho, a petición del demandante el juez decretará las siguientes medidas cautelares:

"a) La inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual antes de notificar al demandado el auto admisorio, libraráoficio al registrador haciéndole saber quienes son las partes en el proceso, el objeto de este, el nombre, nomenclatura, situación de dichos bienes y el folio de matrícula o datos del registro si aquella no existiere.

"Para que se decrete la inscripción de la demanda, deberá prestarse caución que garantice el pago de las costas y perjuicios que con ella lleguen a causarse, excepto en los casos contemplados en el artículo 692.

"El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332. Si sobre aquellos se constituyen gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes.

"La vigencia del registro de otra demanda o de un embargo, no impe
dirá el.de una demanda posterior; ni el de una demanda el de un embargo
postenor.

"Si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella se ordenará su registro y la cancelación de los registros de las trasferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere; cumplido lo anterior, se cancelará el registro de esta, sin que se afecte el registro de otras demandas. Si en la sentencia se omitiere la orden anterior, de oficio o a peti-

ción de parte la dará el juez por auto que no tendrá recursos y se comunicará por oficio al registrador...".

En lo tocante con nuestro tema, lo fundamental de la reforma introducida desde la expedición del Código de Procedimiento Civil que actualmente nos rige estriba, respecto de los bienes inmuebles litigiosos en que no hay ya objeto ilícito en la enajenación de estos y en que se deja a discreción de los terceros adquirirlos o no mientras esté vigente el registro de la demanda, corriendo ellos, eso sí, con los riesgos del proceso contra el enajenante demandado.

Más complicada es la solución de este problema respecto de los bienes muebles, debido a que, como es sabido, su naturaleza repugna el establecimiento de un registro que dé cuenta de su situación jurídica. El arto 690 del Código de Procedimiento Civil, en el literal b) de su numeral 1, ofrece al de mandante un recurso bastante efectivo para precaverse contra la mala fe del demandado. Si dicho demandante tiene motivo para creer que la cosa se pierda o deteriore en manos del demandado, puede pedir y obtener, previa la prestación de caución, que se decrete y practique el secuestro preventivo de aquella. Pero si el demandante no toma esta medida de prudencia y el poseedor demandado enajena la especie mueble, estimamos nosotros que el acto es válido, por exigirlo así la protección debida a los terceros de buena fe, quienes no deben resultar perjudicados por la negligencia del demandante 12.

Como se ve, el Código de Procedimiento Civil no adoptó un régimen único para los bienes inmuebles y muebles en litigio. Respecto de los primeros derogó la prohibición de enajenarlos mientras esté vigente el registro de la demanda, o sea que suprimió la ilicitud del objeto de tal enajenación, sustituyéndolo por la traslación de los efectos de la sentencia condenatoria

del demandado al adquirente del inmueble litigioso. Respecto de los bienes muebles conservó su incomerciabilidad mientras estén embargados y secuestrados, pero no ya por aplicación del ordinal4Q del art. 1521 del Código Civil, que quedó derogado, sino del ordinal 3Q que se refiere a las cosas embargadas por decreto judicial.

295. 6Q) Los PACTOS SOBRE SUCESIÓN FUTURA. Al tenor del art. 1520 del Código Civil, "el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona". De suerte que este artículo prohíbe los llamados pactos sobre sucesión futura, prohibición que, por otra parte, no solo se refiere a los contratos, como restrictivamente lo expresa aquel, sino, en general, a todas las convenciones y también a los actos unilaterales, distintos del testamento, cuando versan sobre el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva.
La prohibición de los pactos sobre sucesión futura se remonta al derecho romano, que los consideraba inmorales ypeligrosos. Lo primero, por cuanto implicaban un voto por la muerte del presunto causante, y, lo segundo, por cuanto podían inducir a la comisión de un homicidio, como alguna vez sucedió en Roma 13. Sin embargo, tratándose de convenciones sobre derechos en la sucesión de un tercero, no había lugar a la nulidad si el presunto causante las aprobaba y perseveraba en consentirlas hasta su muerte. El derecho imperial también llegó a autorizar los pactos de institución para los militares en campaña. El derecho español adoptó el mismo sistema romano y hasta consagró expresamente los motivos en que este se fundabal4. Por el contrario, siguiendo las huellas del derecho francés, nuestro Código Civil no solamente condenó los pactos sobre sucesión futura, sino que extremó su rigor hasta

el punto de negarles toda eficacia, aun en los casos en que la persona de cuya sucesión se trata intervenga en dichos pactos y les imparta su aprobación. En general, están prohibidos en Colombia y, por consiguiente, se considera que tienen objeto ilícito, todos los pactos de institución, de renuncia y de disposición, cuando versan sobre el derecho de suceder por causa de muerte a una persona vival5.

296. a) Los PACTOS DE INSTITUCIÓN. Son aquellas convenciones en que una persona promete dejar a otra todo o parte de su herencia. Aceptados en el derecho romano imperial y en el derecho español antiguo para los militares en campaña, estos pactos de institución, bien sean unilaterales, bien sean recíprocos, caen dentro de la prohibición general del art. 1520 de nuestro Código Civil, que se inspira en el deseo de evitar que las sucesiones por causa de muerte se arreglen por medios diferentes de la ley y los actos testamentarios, y quiere garantizar la libertad de testar, la cual se vería comprometida por la fuerza obligatoria de que se revistiera al contrato en que una persona prometiera a otra una institución hereditaria. Sin embargo, en este punto se ha establecido excepción para los actos sobre mejoras, celebrados entre el causante y su legitimario, pues, conforme al art. 1262 de la propia obra, "si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a un descen diente legítimo, que a la sazón era legitimario, no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniere su promesa, el dicho descendiente legítimo tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechare". Pero el propio texto legal se encarga de hacer manifiesto el carácter excepcional de esta disposición, al decir que "cualesquiera otras estipulaciones

sobre la sucesión futura, entre ellegitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor".

Como la ley 45 de 1936 erigió a los hijos naturales (extramatrimoniales sugún la nueva terminología) en asignatarios de la cuarta de mejoras, derecho que antes correspondía exclusivamente a los descendientes legítimos, la excepción sobre validez del pacto relativo a dicha cuarta de mejoras, de que trata el citado arto 1262 del Código Civil, también cobija los casos en que tal pacto se celebre entre el causante y sus hijos extramatrimoniales o los descendientes legítimos de estos, que a la sazón sean sus legitimarios.

AlIado de la excepción anteriormente mencionada, los autores suelen
citar, como ejemplo de arreglo por acto entre vivos de una sucesión futura, el caso de la partición de bienes verificada por el ascendiente (partage de l'ascendant) (art. 1375). Pero, si bien es cierto que este caso constituye excepción al principio general de que las sucesiones deben gobernarse por las normas legales y por los actos testamentarios, dicho caso nada tiene que ver
con la prohibición de los llamados pactos de institución, en los cuales, según
quedó visto, el presunto causante se compromete a instituir a determinado
heredero. .

297. b) Los PACTOS DE RENUNCIA. Como su nombre lo indica, se refieren a la repudiación de una asignación sucesora!. También tienen objeto ilícito y son inválidos cuando versan sobre la sucesión de una persona viva. El arto 1283 del Código Civil prohíbe expresamente la aceptación y el repudio de las asignaciones sucesorales aún no deferidas. De ahí que hayamos dicho que la prohibición general también se refiere a los actos unilaterales distintos del testamento. Pero,

para evitar confusiones, importa declarar que l~ prohibición de los pactos de renuncia no se opone a que en un contrato se estipule, a manera de plazo, que las obligaciones y derechos provenientes de él pen
derán en cuanto a su extinción de la muerte de una persona, con tal que, en esta hipótesis, dichos derechos y obligaciones no se deban jure hereditario, como cuando en una compraventa se aplace la entrega de la cosa vendida hasta la muerte del vendedor.

298. c) Los PACTOS DE DISPOSICIÓN~ Son los que se refieren a la enajenación por una persona de los derechos hereditarios que le puedan corresponder en la sucesión de.otra persona viva. También están prohibidos, aun en el caso de que el presunto causante preste su consentimiento (art. 1520). Estos pactos, que en el derecho antiguo fueron miradas como inmorales y peligrosos, todavía se consideran inválidos en varias legislaciones modernas, a pesar de que cuenten con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate, por oponerse ellos a la libertad de testar, la cual se vería restringida y hasta completamente destruida al permitir que el presunto causante pudiera obligarse irrevocablemente, prestando en vida su consentimiento para la enajenación que hicieran sus futuros herederos.

299. LAS SANCIONES LEGALES POR LA FALTA DE LOS REQUISITOS RELATIVOS AL OBJETO. Según se dijo el objeto es elemento esencial de los actos jurídicos. Por consiguiente, la falta de él que ocurre cuando este no es posible, como también cuando está indeterminado y, por tanto, no se puede saber cuál es, produce inexorablemente la inexistencia del acto respectivo. Tal es la solución que se desprende lógicamente de los principios generales sobre la

formación de los actos jurídicos, expresamente consagrada por el Código Civil.

Por otra parte, cuando el objeto es posible y está suficientemente determinado, pero es ilícito, la sanción legal tiene que ser diferente, porque el acto jurídico sí puede formarse entonces, o sea, que sí existe. Solo que la ilicitud del objeto constituye un vicio del acto, expresamente sancionado con la nulidad absoluta de este (C. C., arto 1741, y C. de Co., arto 104).

300. CRÍTICA DE UNA SANCIÓN LEGAL. Estamos de acuerdo con que la ley sancione con la nulidad absoluta todos aquellos casos del objeto ilícito propiamente dicho, o sea, del objeto prohibido o contrario al orden social o a las buenas costumbres. Así esta bien, en nuestro sentir, que el Código Civil declare absolutamente nulos los actos contrarios al derecho público de laNación, los actos de enajenación de los derechos personalísimos, los pactos sobre sucesión futura, etc. Pero creemos que siempre que una prohibición legal se funde en la necesidad de proteger a una persona determinada, la sanción correspondiente debe ser la nulidad relativa del acto, a fin de que esta pueda ser saneada,por la ratificación de la persona de cuya protección se trate o por la pr~scrifci<?n cuatrienal de la acción rescisoria, como también para que no pueda ser declarada de oficio o a solicitud de persona distinta de la protegida con la nulidad. De esta suerte se consigue la estabilidad de los actos jurídicos y la normalización de aquellos que adolezcan de un vicio cuya declaración solamente interese a persona determinada. Por consiguiente, es un error de nuestro Código Civil el haber declarado que hay objeto ilícito sancionado con la nulidad absoluta en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial. En este caso la prohibición legal solamente

trata de proteger al ejecutante, tiende a evitar que sus derechos puedan ser burlados por el demandado. Tan cierto es lo que acabam()s de afirmar, que el mismo Código declara que no hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas cuando el juez la autorice o el acreedor consienta en ella, lo que demuestra que la prohibición legal no obedece en este caso a consideraciones de interés público o general, sino al deseo de asegurar los derechos de ciertas personas. De no ser así, no se podría entender que el objeto ilícito dejará de existir por la sola voluntad del acreedor o por la autorización judicial. Por tanto, habría sido más acertado que nuestro legislador, ya que permitió la enajenación de las cosas embargadas con el consentimientO del acreedor o con el permiso del juez, también hubiera permitido el saneamiento de los actos celebrados sin estos requisitos, estableciendo para ellos la simple nulidad relativa, en vez de la absoluta que acompaña siempre al objeto ilícito1fi.

301. EFECTO ESPECIAL DE LA NULIDAD POR EL OBJETO ILÍCITO. Conforme a las reglas generales de la nulidad de los actos jurídicos, la declaración judicial de ella no solamente pone fin a la eficacia futura de dichos actos, sino que también obra retroactivamente, destruyendo, en cuanto sea posible, los efectos que hayan alcanzado a producir con anterioridad a la ~eclaración de la nulidad. De suerte que lo dado o pagado por cada una de las partes en razón de un acto jurídico nulo puede, en principio, ser repetido por ellas. Sin embargo, cuando la nulidad absoluta proviene de la ilicitud en el objeto o en la causa del acto, su declaración judicial no produce la destrucción de todos los efectos emanados de dicho acto, porque, en virtud de expresa disposición del arto 1525 del Código Civil, las prestaciones ya ejecutadas por las partes, a sabiendas de dicha ilicitud, no pueden ser repetidas. Consagra, pues, este artículo, el principio clásico in

pari causa turPitudinis cessat repetitio, que es corolario del principio más general, conforme al cual nemo auditur propriam turpitudinem allegans. Es decir, que no aceptándose que una persona pueda prevalerse jurídicamente de su propia inmoralidad, no se le permite la repetición de lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitos a sabiendas17.

Es también de advertir que el citado arto 1525 establece la referida sanción sin hacer distinciones de ninguna clase para todos los casos del objeto o causa ilícitos, cuando una de las partes o ambas hayan actuado a sabiendas de tal ilicitud. Por consiguiente, entre nosotros no tiene cabida la discusión que se ha suscitado en Francia acerca de si el prinbpio in pari causa turPitudi
nis cessat repetitio solo es aplicable en los casos del6bjeto o la causa inmorales, es decir, contrarios a las buenas costumbres, o si también lo es en los casos del objeto o la causa simplemente ilícitos, entendiendo por tales los que están prohibidos por la ley, sin que la prohibición respectiva se funde en los dictados de las buenas costumbres, sino en consideraciones de otra índolel8.

SECCIÓN VII

LA CAUSA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

302. PRELIMINAR y PLAN. El art. 1502 del Código Civil menciona la causa lícita entre los requisitos para la existencia

y la validez de los actos jurídicos. Dedicaremos, pues, la presente sección al examen de tal requisito.
La teoría de la causa ha constituido tema de copiosa literatura, tanto en Francia como en los otros países regidos por legislaciones influidas por el Código napoleónico: Bélgica, Suiza, Italia, España, Chile, Colombia, etc. Esta inquietud de los expositores del derecho civil es índice elocuente de la dificultad que entraña la declaración de dicha teoría.
Por otra parte, el desarrollo histórico de la noción de la causa, de origen francés, denota variaciones tan pronunciadas que, como bien lo observanjossERAND y DABIN, en la actualidad no se puede hablar de una sola teoría al respecto, sino que, alIado de la teoría de DOMAT, artificiosamente reformada por sus intérpretes, hay que reconocer la existencia de otra teoría elaborada por la jurisprudencia y que implica la sustitución radical y hasta la negación de la primera. Esta observación es capital porque la confusión doctrinaria en la materia obedece principalmente a la indebida utiliza!::ión de las dos aludidas teorías, que son antagónicas por cuanto obedecen a opuestas concepciones jurídico-políticas, y, por ende, a la indiscriminada utilización de argumentos en pro o en contra de ellas, los que podrían ser valederos respecto de una de las teorías, pero impertinentes respecto de la otra.
El estrecho marco de esta obra no nos permite seguir paso a paso la evolución del pensamiento jurídico en tan discutida materia. De suerte que, al emprender aquí el examen de la causa, tendremos que limitarnos, por fuerza, a exponer, a grandes rasgos y en su orden: 1) la teoría de Domat, según la interpretación mas generalizada de sus partidarios; II) el anticausalismo, es decir, el conjunto de las principales objeciones formuladas contra aquella teoría; III) la teoría de la causa determinante, elaborada principalmente por los tribuna-

les franceses, y IV) en fin, la teoría de la causa en el derecho civil colombiano.

I. La teoría de Domat

303. ADVERTENCIA PREVIA. Ya quedó dicho que los partidarios de esta teoría no están de acuerdo en su exposición ni en sus aplicaciones concretas.
Sin embargo, del caos que en esta materia ofrece el pensamiento de aquellos se pueden entresacar los perfiles fundamentales de dicha teoría.
304. EL CAMPO DE ACCIÓN DE LA TEORÍA. AlIado del consentimiento sano
del objeto lícito, de la capacidad legal y de la forma solemne, que eran lo~
requisitos tradicionalmente exigidos para la existencia y la validez de los actOs jurídicos, la doctrina francesa, a partir de DOMAT, creyó descubrir la necesidad de un nuevo requisito, no para los actos jurídicos en general, sino para algunos contratos, a saber: que las obligaciones resultantes de estos tuvieran una causa real y lícita 1. La falta de tal requisito produciría la nulidad del contratO respectivo, según lo pensaron DOMAT y POTHIER, o produciría su inexistencia, como lo creen algunos de los modernos expositores de la teoría.
305. LA NOCIÓN DE LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. Sentado 10 anterior, veamos ahora que es lo que entienden por causa de las obligaciones contractuales los expositores de la teoría, advirtiendo de antemano y para mejor inteligencia que la definición que de dicho concepto formulan estos resulta de la contraposición y cuidadosa distinción de las nociones filosóficas de causa final, causa impulsiva y causa eficiente, para concluir que la causa jurídica se identifica con cierta concepción de la causa

final y se diferencia de las otras dos. En efecto, todas las definiciones de la causa dentro de esta teoría vinculan dicha noción a la idea delfin directo e inmediato perseguido por el deudor al contraer su obligación. Así, COLIN y CAPITANT dicen que "siempre que una persona se obliga, lo hace en vista de un fin inmediato y directo que la determina a hacer nacer la obligación... Es este fin 10 que se llama causa". De suerte que, conforme a esta definición, la causa jurídica de las obligaciones contractuales estaría constituida por cierta finalidad de la manifestación de voluntad del deudor. Bastaría preguntarse: "¿por qué se ha obligado el deudor? (cur promissit?); ¿qué fin directo e inmediato le ha determinado a contraer su obligación?". La respuesta a este interrogante nos revelaría cuál es la causa de dicha obligación2.

306. LA CAUSA JURÍDICA o FINAL y LA CAUSA EFICIENTE. Identificadas las nociones de causa jurídica y causa final de las obligaciones contractuales, se dice que dichas nociones no se deben confundir con la de causa eficiente de las mismas obligaciones, porque esta consiste siempre en el hecho o hechos que les dan nacimiento. Así, la causa eficiente de cualquier obligación contractual es siempre el contrato mismo que la genera, contrato que lógicamente es anterior a ella y que nada tiene que ver con el fin perseguido por la persona que se obliga. Por ejemplo, las obligaciones del vendedor y del comprador
encuentran su causa eficiente en el contrato de compraventa que las produce; pero lacausa final o jurídica de dichas obligaciones es distinta de este contrato y consiste: para el vendedor, en la obligación que contrae el comprador de pagarle el precio, porque tal es el fin perseguido por aquel, y, a la inversa, para el comprador la causa está en la obligación que contrae el vendedor de hacerle tradición de la cosa vendida,

porque tal es el fin perseguido por dicho comprador al obligarse.

307. LA CAUSA JURÍDICA o FINAL y LA.. CAUSA IMPULSIVA. La noción de la caUSa
jurídica O final de las obligaciones contractuales se acaba de perfilar con su distinción de la causa impulsivo., que, en la artificiosa teoría que exponemos, se identifica con la noción de los móviles o motivos de las manifestaciones de voluntad. Para los expositores de la teoría, el fin o verdadera causa jurídica de las obligaciones contractuales no es algo que se encuentre fuera del contrato, en la sola mente del deudor, como sucede con los móviles o motivos que lo determinan a obrar, sino que es una parte integrante de dicho contrato: "Es el fin'directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse, fin que resulta impuesto por la naturaleza del contrato y que, por consiguiente, siempre tiene que ser idéntico en todos los contratos del mismo tipo". Así, para buscar la causa jurídica de las obligaciones a cargo de cada una de las partes en un contrato sinalagmático, no se debe escudrii1ar la mente de estas para descubrir cuáles son los móviles o motivos que las han llevado a dar su consentimiento, sino que dicha causa jurídica se puede precisar atendiendo solo a la estructura de tal contrato sinalagmático, en el cual la causa de las obligaciones a cargo de una de las partes consiste siempre en las obligaciones a cargo de la otra parte. Por ejemplo, en toda compraventa, el vendedor se obliga a dar la cosa vendida, porque el comprador se obliga, a su vez, a pagar el precio estipulado; y, a la inversa, este se obliga a pagar el precio, porque aquel se obliga a darle la cosa vendida. Por el contrario, los móviles o motivos individuales y concretos que las partes tienen al contratar (causa impulsivo.) ya no forman parte integrante del contrato; se encuentran fJer<¡. de él, viven en la mente de aquellas y varían en cada caso según las

persodas y las circunstancias, por lo cual no pueden ser tenidos en cuenta por, el derecho. El vendedor, siguiendo nuestro ejemplo, bien puede celebrar el contrato por necesitar el precio para una siembra de trigo, o para el aprovechamiento de un negocio ventajoso, o para el pago de una deuda, o para satisfacer una pasión, como el juego, etc. "El campo de los motivos, serios o frívolos, que pueden inducir a una persona a contratar ya no tiene límites. Ahora bien, es necesario agregar que la causa impulsiva, tal como acabade qUedar expuesta, es decir, el motivo del contrato, no tiene influencia alguna sobre la formación o la validez de este. No importa que dicho motivo sea efectivamente serio o frívolo, como tampoco importa que sea lícito o ilícito".

Según se verá en el desarrollo del tema, esta distinción entre la causa final inherente al contrato y la causa impulsiva constituida por los móviles de los agentes, distinción que contradice el pensamiento de DOMAT, no obedeció a razones de índole lógica y, por ello, resultó forzada y artificiosa, sino a consideraciones políticas determinadas por el pensamiento racionalista entOnces en boga. Para recabar la "libertad de pensamiento" frente a los

gobernantes y a su 'Justicia de gabinete", el racionalismo pretendió estable

cer una separación tajante entre la moral y el derecho, reduciendo la acción de este alfuero externo de la actividad individual y reservando a aquella elfue10 interno al que pertenecerían los móviles o motivos que inducen a contratar. por tanto, a partir de POTHIER, los apóstoles de la teoría de la causa, contrariando el pensamiento de su inventor DOMAT, pusieron, según se ha visto, especial empei10 en distinguir su noción de la causa jurídica de los móviles determinantes de los agentes, pues, de no hacerlo, se propiciaría la intromisión

de los jueces en el fuero de la conciencia individual de dichos agentes.

308. LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN LAS ESPECIES CONTRACTUALES. Dado por los expositores de la teoría ese paso fundamental que consistió en distinguir entre la causa o fin directo e inmediato perseguido por la persona que se obliga, fin que es inherente al contrato y que resulta impuesto por la naturaleza de este, por una parte, y los móviles o motivos concretos y variables que presiden la intención de la misma persona al contratar, por otra parte, dichos expositores se vieron en la necesidad de clasificar los contratos en varios tipos o categorías para poder precisar en concreto cual sería la causa de las obligaciones en cada tipo o categoría. Siguiendo este procedimiento apriorístico y arbitrario, establecieron tres tipos o categorías de contratos, a saber: a) los contratos sinalagrnáticos; b) los contratos reales; y c) los contratos gratuitos.

309. a)LACAUSAEN LOS CONTRATOSSINALAGMÁTICOS. DOMATyahabíadicho que en los contratos de esta especie las obligaciones a cargo de una de las partes encuentran siempren su causa en las obligaciones correlativas a cargo de la otra parte. Por ejemplo, que en el contrato de compraventa las obligaciones del vendedor tienen por causa las obligaciones del comprador, y viceversa.JPero HENRI CAPITANT ha introducido una modificación en este punto al afirniar que la causa de las obligaciones de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos no está constituida por las obligaciones a cargo de la otra parte, sino por el cumPlimiento mismo de estas. Para tal efecto, CAPITANT critica el pensamiento del autor de la teoría, quien, en su sentir, incurrió en confusión al pretender que el fin directo e inmediato perseguido por cada una de las partes que intervienen en un

contrato sinalagmático es el de que los otros contratantes, a su vez, se obliguen a su favor, cuando, lo que en realidad interesa a aquellas es el cumplimiento efectivo de tales obligaciones. Según CAPITANT , el vendedor, por ejemplo, no se obliga a hacer tradición de la cosa vendida para que el comprador se obligue a pagarle el precio, sino para que efectivamente se lo pague. Luego, la causa de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos no está constituida por las obligaciones recípro
cas que producen, sino por el cumplimiento mismo de estas4. Esta innovación de CAPITANT obedece, según lo veremos, a la pretensión de explicar la interdependencia de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos como una consecuencia de la teoría de la causa.

310. b) LA CAUSA EN LOS CONTRATOS REALES Y EN LOS GRATUITOS. Los expositores de la teoría se vieron en la necesidad de falsear el pensamiento de DOMAT, so pretexto de interpretarlo, para concluir que en los contratos reales las obligaciones a cargo de la Única parte obligada tienen por causa la entrega o tradición realizada por la otra parte para perfeccionarlos, y que en los contratos gratuitos, especialmente en las donaciones, las obligaciones resultantes encuentran su causa en el animus donandi o espíritu de liberalidad, abstractamente considerado, que preside la celebración de estos contratos. Así, en el mutuo, contrato real, la obligación que tiene el mutuario de restituir la cosa mutuada encontraría su causa en la tradición que el mutuante ha tenido que hacerle para el perfeccionamiento de tal contrato. Y en la donación, contrato gratuito, las obligaciones a cargo del donante tendrían por causa el espíritu de liberalidad o animus donandi abstractamente considerado que preside la intención de dicho donante.

Para mayor claridad, veamos cuál fue el proceso de interpretación o, mejor aÚn, de deformación del pensamiento de DOMAT acerca de la causa de las obligaciones en los contratos reales y en los gratuitos.
Decía este autor: "... puede ocurrir por Último, que solo sea una de las partes la que da o hace, sin contraprestación alguna, cual sucede en el desempeño gratuito de los negocios ajenos o en las donaciones por pura liberalidad... Aun en aquellas convenciones en que una sola de las partes parece obligada, como sucede en el préstamo, la obligación del prestatario ha sido precedida, como antecedente necesario, de la entrega hecha por el prestamista, sin la cual el contrato no habría podido surgir. La obligación, pues, que en tal clase de convenciones nace en provecho de una de las partes, encuentra siempre su causa con respecto a la otra, toda vez que [sic] de no haber existido aquella, la obligacion sería nula... En las donaciones y en aquellos otros contratos en que solo una de las partes hace o da algo, el mero hecho de aceptar da vida a lo convenido, haciendo que la obligación del donante encuentre su fundamento adecuado en cualquier motivo razonable y justo, como lo sería la prestación de algÚn servicio, un mérito cualquiera del donatario o, sencillamente, en el deseo de realizar el bien. Tal motivo sirve de causa para el que recibe y no da nada".
De este nebuloso pasaje de la obra de DOMAT sacaron sus intérpretes la conclusión de que en los contratos reales la causa de las obligaciones de la parte obligada consiste en la prestación anterior realizada por la otra parte, es decir, en la entrega o la tradición de la cosa necesaria para perfeccionar los contratos de dicho tipo.
De otro lado, aquellos falsearon el pensamiento del nombrado autor cuando entraron a determinar la causa de las obligaciones provenientes de los contratos gratuitos, como las

don~ciones, porque, para unificar toda la teoría de la causa y para sostener la pretendida distinción entre la causa final y los móviles o motivos, tuvieron ellos que rechazar la idea de DOMAT, segÚn la cual la causa de las obligaciones en los contratos de este tipo consiste en "un motivo razonable y justo, como sería la prestación de algún servicio o un mérito cualquiera del donatario", idea esta que abría la puerta a la investigación judicial de los móviles determinantes de los actos jurídicos, o sea, del "fuero interno" de los contratantes, reservado, por principio racionalista, a la conciencia de estos. De ahí que, apartándose del pensamiento de DOMAT, POTHIER y, después de él, todos los expositores y defensores de la teoría, se vieran en la necesidad de sostener que en los contratos absolutament~ gratUitos la causa de las obligaciones resultantes se identifica con el solo espíritu de liberalidad o animus donandi, pero abstracción hecha de los móviles o motivos concretos que lo determinan!i.

En síntesis: segÚn la teoría, la determinación de la causa jurídica en cada caso concreto varía de acuerdo con el tipo a que pertenece el contrato respectivo, por lo cual es necesario clasificar todos los contratos en tres tipos o categorías generales, a saber: los contratos sinalagmáticos, en los cuales la causa de las obligaciones de cada una de las partes está constituida por las obligaciones a cargo de la otra parte o, si se quiere, por el cumplimiento de estas Últimas; los contratos reales, en los cuales la entrega o tradición de la cosa que sirve para perfeccionarlos desempeña el papel de causa de las obligaciones resultantes, y, por Último, loscontratos gratuitos, especialmente las donaciones, en los cuales la causa se identifica con la intención liberal o animus donandi que preside su celebración, pero considerado f!n abstracto, vale

decir, con prescindencia de los móviles o motivos subjetivos y c;oncretos que lo determinan.

311. LAS APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA TEORÍA. La causa, tal como ha que dado definida por los expositores de la teoría, es reputada por estos como un requisito intrínseco de los contratos, al igual que el consentimiento, la capacidad, el objeto y la forma solemne. Así, dicen ellos que "toda obligación debe tener una causa real y lícita". Pero, ¿qué consecuencias se siguen, segÚn esta teoría, cuando en un contrato falta la causa, o cuando esta no es real, o cuando es ilícita? Hay que distinguir, segÚn lo veremos a continuación.

312. a) LA FALTA DE LA CAUSA. DOMAT, POTHIER y otros de los expositores de la teoría han considerado que la causa solamente es una condición para la validez de los contratos, pero no para su existencia; y, por tanto, han enseñado que la falta de tal requisito apenas si apareja la nulidad absoluta del contrato respectiv07. De acuerdo con esta solución, sería absolutamente nula la compraventa en que faltase, por ejemplo, la cosa vendida, porque no pudiendo ser cumplida la obligación que tiene el vendedor de hacer tradición de dicha cosa, la obligación de pagar el precio que contrae el comprador carecería de causa. Y lo propio sucedería respecto del mutuo, cuando el mutuante no hubiera dado al mutuario la cosa materia del contrato, y respecto de la donación o de cualquier otro contrato gratuito, cuando faltara el ánimo de liberalidad abstractamente considerado.
Pero, según ya se ha insinuado, los más modernos expositores de la teoría comentada consideran que, como la causa es un requisito esencial de los contratos, la falta o ausencia de ella no solamente acarrea la nulidad de estos, sino que hasta impide su perfeccionamiento y que, por tanto, los reduce a la

inexistencia. De suerte que, atendiendo a esta otra variante de la teoría, los referidos contratos de compraventa, mutuo y donación que hemos tomado como ejemplo, serían inexistentes y no simplemente nulos8. Estimamos nosotros que esta última solución es más lógica que la anterior, como claramente se desprende de la argumentación en que se funda, lo cual no obsta para que, en nuestro sentir, ambas soluciones sean igualmente falsas, según lo veremos adelante.

313. b) LA FALSA CAUSA. Los antiguos expositores de la teoría se vieron en apuros para conseguir ejemplos adecuados de la falsa causa, porque es casi imposible imaginar un contrato sinalagmático que produzca obligaciones falsas, o un contrato real en que la tradición o entrega que lo perfecciona también sea falsa, o un contrato gratuito en que una de las partes este animada de un falso espíritu de liberalidad abstractamente considerado. Por esta razón, aquellos tuvieron que ingeniarse un ejemplo que nada tiene que ver con esa teoría, tal como la hemos venido exponiendo. Así, se ha dicho que hay falsa causa en la promesa de dar algo en pago de una de.uda que se cree existente, pero que realmente no existe, como la promesa qpe pace el heredero de pagar un legado que el testador ha revocado por un co'dicilo posterior cuya existencia ignoraba dicho heredero.

En cuanto a la sanción propia de la falsa causa, se presenta entre los expositores de la teoría la misma discrepancia que ya hemos anotado en punto de la falta o ausencia de la causa. Es decir que, al paso que algunos consideran que el contrato cuyas obligaciones tienen falsa causa es absolutamente nulo, otros piensan que tal contrato es inexistente.

314. c) LA CAUSA ILÍCITA. En la teoría, la causa ilícita consiste en la contravención a la ley, al orden público o a las

buenas costumbres, bien sea por las obligaciones de una de las partes en los contratos sinalagmáticos, o bien sea por la prestación que sirve para perfeccionar los contratos reales. Así, se dice que la obligación que una persona contrae de pagar una suma de dinero a otra, a cambio de que esta cometa un delito, tiene causa ilícita. Así también, se dice que la obligación del mutuario adolece del mismo vicio cuando el contrato de mutuo versa sobre una prestación ilícita, como la dación de una cosa que está fuera del comercio. En cuanto a las do naciones y, en general, a los contratos gratuitos, los expositores de la teoría no han podido encontrar un ejemplo en que se ofrezca una causa ilícita, lo que se explica por cuanto estos han pretendido identificar la causa con el ánimo de liberalidad, pero abstractamente considerado, y es evidente que este nunca puede ser contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

La solución uniformemente aceptada por los partidarios de la teoría respecto de la sanción de la causa ilícita es la nulidad absoluta del contrato. Para ellos, son absolutamente nulos todos los contratos sinalagmáticos productivos de obligaciones contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, como también lo son todos los contratos reales cuya entrega o tradición se encuentre en las mismas condiciones de ilicitud.

315. d) LA CAUSA EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS. Ya hemos visto que HENRI CAPITANT se aparta de la noción primitiva de la causa en los contratos sinalagmáticos, porque él no admite que en ellos la causa de las obligaciones a cargo de cada una de las partes esté constituida por las

obligaciones a cargo de la otra parte, sino por el cumplimiento de estas últimas, comoquiera que lo que las partes persiguen al obligarse es este cumplimiento efectivo y no el mero

hecho de que las obligaciones correlativas sean contraídas. Con esta reforma, el nombrado profesor francés ha pretendido abrir el campo a nuevas aplicaciones de la teoría de la causa, no ya en lo referente a la formación y la validez de los contratos sinalagmáticos, sino en punto del ¡desarrollo y ejecución de estos. En efecto, entendiendo que en ellos existe ¡un<¡1 interdependencia causal entre el cumplimiento de las obligaciones re;cíprocas que producen, es posible pensar que tal interdependencia debe existir no solamente en el momento de su celebración, sino también en toda la etapa subsiguiente de su ejecución y cumplimiento. Así, CAPITANT ha explicado las instituciones de la exceptio non adimPleti contractus y de la acción resolutoria por incumplimiento de un contrato bilateral, mediante la teoría de la causa. "Cuando en un contrato sinalagmático -explica- una de las partes deja de cumplir sus obligaciones, las que incumben a la otra parte carecen de causa, lo que autoriza a esta para negarse, a su vez, a cumplir, ejercitando la exceptio non adimPleti contractus, y para exigir, si ya ha cumplido, la resolución del contrato, y la restitución de lo que haya dado o pagado en razón del mismo"\).

316. SÍNTESIS DE LA TEORÍA DE DOMAT; Todo lo anteriormente dicho en relación con esta teoría se puede condensar en la siguiente fórmula: la causa jurídica de las obligaciones es un requisito para la existencia o para la validez de los contratos y consiste en el fin directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse, fin que es inherente al contrato y que está impuesto por su propia naturaleza: en los contratos sinalagmáticos las obligaciones a cargo de cada una de las partes encuentran su causa, bien sea en las obligaciones a cargo de la otra parte, o bien en

el cumplimiento de estas; en los contratos reales, la entrega o tradición que sirve para perfeccionarlos constituye la causa de las obligaciones resultantes a cargo del deudor; y, en fin, en los contratos gratuitos la causa se confunde con el espíritu de liberalidad, abstractamente considerado, que los caracteriza. Y las aplicaciones prácticas de esta teoría se reducen a las hipótesis de la ausencia o falta de la causa, de la falsa causa, de la causa ilícita y del incumplimiento de los contratos sinalagmáticos, que, en su orden, sirven de fundamento a las siguientes sanciones jurídicas: las dos primeras, o bien a la inexistencia, o bien a la nulidad absoluta del contrato respectivo; la tercera a la nulidad absoluta del contrato, y la cuarta a la exceptio non adimPleti contractus y a la acción resolutoria por incumplimiento del contrato.

II. El anticausalismo

317. HISTORIA. El primer ensayo anticausalista se debe aANTOINE ERNsT, profesor de la Universidad de Lieja, quien declaró en el año de 1826 la falsedad y la inutilidad de la noción francesa de la causa de las obligaciones, cuya abolición solicitó en la legislación belga. Pero este primer intento no halló acogida en la doctrina conservadora de su época. Años trascurrieron desde entonces hasta que el pensamiento jurídico se diera cuenta de la seriedad y solidez de la reacción anticausalista iniciada por ERNST. Mas una vez ocurrido esto, no fueron pocos los grandes civilistas que la acogieron e impusieron en la doctrina del derecho civil. Entre ellos, merecen especial mención: ARTHUR, TIMBAL, BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE, Huc Y PLANIOL, en Francia; GIORGI, en Italia; LAURENT, CORNIL y DABIN, en Bélgica, etc. Al último de los nombrados se debe la mag-

nifica obra titulada La teoría de la causa, que vio la luz en 1919 y que, por rara coincidencia, constituye la crítica y refutación más completas del tratado De la causa de las obligaciones, escrito cuatro años más tarde por HENRI CAPITANT y considerado hoy día como el oráculo de los partidarios y defensores de la teoría de DOMAT.

318. LAs CRÍTICAS ANTICAUSALISTAS. Innumerables son las tachas de falsedad e inutilidad formuladas durante más de un siglo contra la teoría francesa de la causa. Los tratadistas del derecho civil que pertenecen a la corriente anticausalista se limitan a reproducir las críticas más importantes acerca de la inutilidad de aquella, las cuales, por cierto, son más que suficientes para mostrarla como un adefesio jurídico. Sin embargo, creemos nosotros que para la recta inteligencia del movimiento anticausalista también es conveniente la exposición de los argumentos encaminados a demostrar la falsedad de la mencionada teoría, y que la omisión de estos argumentos en los tratados del derecho civil solamef!te ha servido para que muchos de sus lectores no queden completamente convencidos de la solidez de tal movimiento. Por lo dicho, ensayaremos exponerlos en forma sucinta.

A) La jalsedad de la teoría de Domat

319. LA TESIS ANTICAUSALISTA. Se ha dicho que la teoría de la causa es una invención artificios a de DOMAT, quien falsificó el sistema del derecho romano, so pretexto de interpretarlo. JEAN DABIN, entre otros, ha hecho suya esta crítica y se ha encargado de demostrarla hasta la saciedad, confrontando aquella teoría con los textos del Digesto en que se ha pretendido fundarlalO.

320. a) LA FALSEDAD EN CUANTO A LOS CONTRATOS INNOMINADOS ROMANOS. Como es sabido, el

derecho romano siempre se inspiró en una regla general que fue absoluta en los primeros tiempos y parcialmente restringida en épocas avanzadas, pero nunca derogada, según la cual el solo pacto, acuerdo o convención de las partes no era suficiente para crear obligaciones (nuda
pactio obligationes non parit). Para este efecto era indispensable la observancia de ciertas solemnidades que eran las que daban vida jurídica a las convenciones y a las obligaciones resultantes de ellas (jorma dat esse rei). Pero con el objeto de dar mayor agilidad y rapidez a las transacciones se admitieron más tarde algunas especies contractuales en que los ritos solemnes del derecho quiritario se sustituyeron por otros requisitos diferentes. Así aparecieron los contratos re (mutuo, comodato, depósito y prenda), en los cuales la entrega o tradición de la cosa servía para perfeccionarlos, y los contratos innominados (do ut des, do utfacias,facio utfacias, y facio ut des), en los cuales la ejecución de una prestación por una de las partes (do o facio) desempeñaba el papel de fuente de las obligaciones que resultaban a cargo de la otra parte (ut des o ut
jacias).

Debemos prestar toda nuestra atención a esta última especie de los Contratos romanos, es decir, a los contratos innominados, porque fueron algunas de las reglas propias de estos las que sirvieron aDoMAT para construir toda su teoría sobre la causa de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos.

Según lo anteriormente dicho, en los contratos innominado s romanos quedaron suprimidas las rigurosas formalidades del derecho antiguo; pero como siempre rigiera el principio general nuda pactio obligationes non parit, los jurisconsultos tuvieron la necesidad de inventar para dichos contratos un requisito que hiciera las veces de aquellas formalidades y que sirviera, por consiguiente, de fuente de las obligaciones que

la simple convención era incapaz de producir. Tal requisito se hizo consistir, entonces, en la ejecución de una prestación por una de las partes, que a la luz de la equidad imponía la necesidad de reconocer jurídicamente la obligatoriedad de las promesas hechas por la otra parte. Por ejemplo: si una persona ofrecía a otra trasportarle ciertas mercancías a cambio de que esta, a su vez, pagara una remuneración, la sola convención celebrada al respecto no era obligatoria para ninguna de las partes. Pero si la primera verificaba el trasporte a su cargo, el contrato innominado quedaba perfeccionado e imponía a la otra parte la obligación de pagar la remuneración prometida. Por consiguiente, los contratos innominados romanos eran esencialmente unilaterales; solamente producían obligaciones para uno de los contratantes, y estas obligaciones encontraban su fundamento y su explicación jurídica en la anterior ejecución de una prestación por el otro contratante, es decir, por el que ya había dado o hecho para poder exigir que se le diera o hiciera. La sanción jurídica de estos contratos innominados se realizó mediante el establecimiento de la condictio causa data causa non secuta y, más tarde, de la actio praescriPtis verbis.

Ahora bien, atendiendo a ciertos textos del Digesto, propios del contrato innominado romano anteriormente descritol!, DOMAT construyó toda su teoría de la causa en los contratos sinalagmáticos, según la cual las obligaciones que de estos resultaban a cargo de cada una de las partes encontraban su causa en las obligaciones a cargo de la otra parte, teoría que es indudablemente falsa e inaplicable al contrato innominado romano, porque, como ya quedó dicho, este era esencialmente unilateral, ya que para que se perfeccionara y produjera obligaciones para una sola de las partes se requeriría la previa ejecución de la prestación o prestaciones ofrecidas por la otra parte. Luego es falsa la suposición de que en los con-

tratos innominados romanos pudiera existir esa pretendida reciprocidad de obligaciones que DOMAT creyó haber descubierto, debido a la superficialidad de sus análisis.

321. b) LA FALSEDAD EN 9UAN-rO A LOS CONTRATOS SINALAGMÁ TICOS MODERNOS.

Si la teoría de DOMAT es el re~ul~ado de una falsa interpretación de las fuentes romanas, dicha teoría no es menos falsa y artificios a en relación con el derecho moderno, en el cual el nacimiento y la interdependencia de las obligaciones propias de los contratos sinalagmáticos se explican suficientemente por principios diversos de los que presidieron la formación de los contratos en Roma. En efecto, la consensualidad de los contratos y, en general, de los actos jurídicos, constituye uno de los postulados dominantes en el derecho moderno: para que ellos se reputen perfectos y para que produzcan todos sus efectos jurídicos basta, por regla general, la sola manifestación de la voluntad de los agentes, sin que sea necesario, salvas algunas excepciones, recurrir a solemnidades o a otros hechos que sirvan de explicación a tales efectos. Por esta razón han desaparecido los contratos innominados romanos, como también todas esas reglas propias de ellos que se encuentran en las fuentes históricas y en las cuales DOMAT cometió el error de fundar su artificios a teoría de la causa de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos.

Por otra parte, la sola naturaleza específica del moderno contrato bilateral explica la interdependencia de las obligaciones que este produce, sin necesidad de recurrir a ese extraño y pretendido requisito adicional inventado por DOMAT y sus discípulos y que consistiría, según ellos, en el fin directo e inmediato perseguido por cada uno de los contratantes. Desde el momento mismo en que dos personas celebran un contrato sinalagmático, quieren que este produzca obligacio-

nes para ambas partes y no solamente para una de ellas. Está, pues, en su consentimiento mismo que el contrato se forme como sinalagmático Y que genere efectos como tal. Si se trata, por ejemplo, de la compraventa de una casa, el vendedor, mediante un acto único e indivisible de su voluntad, consiente en contraer la obligación de trasférir la propiedad de esa casa a cambio del precio estipulado, y es arbitrario suponer en él dos actos intelectuales distintos e independientes, a saber: uno encaminado a la enajenación de la casa (consentimiento) y otro encaminado a la consecución del precio (causa). Por consiguiente, basta el análisis del consentimiento necesario para la formación de los contratos sinalagmáticos para encontrar todo el fundamento y la explicación de la interdependencia de las obligaciones recíprocas que producen, sin necesidad alguna de inventar para el efecto otro requisito distinto de dicho consentimiento: o ambas partes consienten
en que el contrato produzca obligaciones recíprocas entre ellas (ultro citroque obligatio), o el contrato sinalagmático no puede perfeccionarse por falta del consentimiento adecuado. He aquí todo el problema que DOMAT pretendió resolver con su oscura y artificiosa teoría de la causa de las obligaciones basada en una falsa interpretación del sistema contractual romano, interpretación que el propio autor, con notoria superficialidad, quiso trasladar al sistema contractual moderno, olvidando las profundas diferencias que existen entre aquel y este por el solo hecho de haber negado el primero la eficacia
jurídica de la voluntad, atribuyéndola a hechos distintos, como la obsevancia de una solemnidad, la entrega o tradición de una cosa, la ejecución de una prestación, etc., al paso que el segundo, por el contrario; sí reconoce poder jurídico a la voluntad privada. Refiriéndose DABIN a la naturaleza del contrato sinalagmático moderno, se expresa así: "Y esta [la

interdependencia de las obligaciones] es precisamente la característica del contrato sinalagmático. El consensus no recae separadamente sobre cada obligación, lo que permitiría que cada una de ellas surgiera independientemente y explicaría, en realidad, la necesidad de una causa que las vinculara; el consentimiento en ellos re cae sobre ambas obligaciones conjuntamente. Así, por ejemplo, en la venta, la trasmisión de la propiedad sobre una cosa mediante el precio estipulado es lo que constituye el objeto indivisible del acuerdo de voluntades... Exigir además unacausaimplicano comprender lo que es un contrato sinalagmático" 12.

322. c) LA FALSEDAD EN CUANTO A LOS CONTRATOS REALES. DOMAT no se resignó a reducir su invento al campo de los contratos sinalagmáticos, sino que quiso darle carta de naturaleza en otros terrenos contractuales distintos. Así, a vuelta de falsear la interpretación de los textos romanos relativos a los contratos innominados, según ya lo hemos visto, tropezó con los contratos unilaterales onerosos y, especialmente, con los contratos reales, y se vio precisado a ensayar en ellos una nueva aplicación de su teoría. "Aun en aquellas convenciones en que una sola de las partes parece obligada, como sucede en el préstamo, la obligación del prestatario ha sido precedida, como antecedente indispensable, de la entrega hecha por el prestamista, sin la cual el contrato no habría podido surgir. La obligación, pues, que en tal clase de convenciones nace en provecho de una de las partes, encuentra siempre su causa con respecto a la otra, toda vez que [sic] de no haber existido aquella, la obligación sería nula..."13.

Estas palabras de DOMAT son tan oscuras como las ideas que pretenden traducir. Si toda su esencia se encuentra en la explicación final, basta un ligero análisis gramatical de ella

para comprender que es absurda o que, a lo menos, puede ser explicación de cualquier otra cosa, pero no de esa teoría de la causa que venimos criticando. En efecto, cuando DOMAT afirma que "la obligación, pues, que en tal clase de convenciones nace en provecho de una de las partes, encuentra siempre su causa con respecto a la otra, toda vez que [sic] de no haber existido aquella, la obligación sería nula", ¿a qué se refiere con las palabras "la otra" y "aquella"? ¿Querrá significar "la otra parte"?; ¿o estará pensando en "la otra obligación"? Veámoslo empleando sucesivamente estas dos interpretaciones. Con la primera el texto quedaría así: "La obligación, pues, que en tal clase de convenciones nace en provecho de una de las partes, encuentra siempre su causa con respecto a la otra [parte], toda vez que [sic] de no haber existido aquella [parte], la obligación s,ería nula". Es
claro, por tanto, que si se trata de una convención, es necesario que existan,
I ;
por lo menos, dos partes, porque si solo hay una, no se p:uede formar ese concurso de voluntades que toda convención supone. Pero. también es claro que esto nada tiene que ver con la tal teoría de la causa. Con la segunda interpretación, el texto quedaría así: "La obligación pues, que en tal clase de convenciones nace en provecho de una de las partes, encuentra siempre su causa con respecto a la otra (obligación), toda vez que [sic] de no haber existido aquella [obligación], la obligación sería nula". Si esto último fue lo que quiso decir DOMAT, queda demostrado que dicho autor, so pretexto de extender su teoría de la causa a los contratos reales y, en general, a los contratos unilaterales onerosos, incurrió en el despropósito de suponer que estos producen obligaciones recíprocas, siendo así que es más que sabido que todo contrato unilateral, v. gr., un contrato real como el mutuo, es por

definición el que solamente produce obligación para una de las partes.

De todas maneras, el precitado paso de la obra de DOMAT es el que ha servido a todos los expositores de la teoría para afirmar axiomáticamente que en todo contrato real la causa de las obligaciones a cargo del deudor único consiste en la entrega o tradición de la cosa que el acreedor ha tenido que realizar para el perfeccionamiento del contrato. Pero semejante tesis no pasa de ser el producto de una confusión de ideas. En efecto, es cierto que los jurisconsultos romanos exigieron la entrega o tradición de la cosa para el perfeccionamiento de los contratos m (mutuo, comodato, depósito y prenda); pero este requisito se explica por el sistema contractual romano, que, como ya se dijo, desconocía la eficacia jurídica de las solas convenciones, lo cual hacía necesario agregarles otro factor distinto, como la entrega de una cosa, el cumplimiento de una solemnidad, ete., factor que, por consiguiente, venía a desempeñar el papel de fuente (causa eficiente) de las obligaciones. En el mutuo, por ejemplo, la obligación de restituir que contraía el mutuario no nacía del acuerdo de voluntades entre las partes, sino de la tradición que el mutuante tenía que hacer para que tal acuerdo quedara elevado a la categoría de contrato. Sin esta tradición la mencionada obligación de restituir no podía formarse, y el presunto mutuario podía invocar en su favor la querella non numeratae pecuniae, como también una condictio sine causa, con las cuales, o enervaba las acciones que ejerciera el pretendido mutuante para exigirle el cumplimiento de la obligación no nacida, o conseguía la repetición de lo que ya hubiera pagado a este por tal concepto, respectivamente. Pero a los jurisconsultos romanos nunca se les ocurrió explicar el ejercicio de laquerella non numeratae pecuniae o de la condictio

sine causa, diciendo que el presunto mutuario podía usar de ellas, por cuanto no había recibido la cosa mutuada, con lo cual había dejado de alcanzar el fin directo e inmediato perseguido al obligarse.

323. d) LA FALSEDAD EN CUANTO A LOS CONTRATOS GRATUITOS. Lo primero en que tenemos que insistir a este respecto es que el pensamiento del inventor de la mencionada teoría fue reformado por sus, seguidores, DOMAT no consideró que la causa de las obligaciones del d4nante y, en general, de la persona obligada por el contrato gratuito, estuvieta constituida por el ánimo de liberalidad abstractamente considerado, sino por los motivos concretos de dicho ánimo. Suyas son estas palabras: "En las do naciones y en aquellos contratos en que solo una de las partes hace o da algo, el mero hecho de aceptar da vida a lo convenido haciendo que la obligación del donante encuentre fundamento adecuado en cualquier motivo justo y razonable, como lo sería la prestación de algún servicio, un mérito cualquiera del donatario o sencillamente el deseo de realizar el bien. Tal motivo sirve de causa para el que recibe y noda"l4. De manera, pues, que, para DOMAT, la causa en las donaciones está constituida por cualquier motivo justo y razonable". Además, es de notar que en el aparte trascrito no se habla de la causa con el objeto de afirmar que, faltando ella, la donación o el contrato gratuito sea ineficaz y deje de producir obligaciones. Por el contrario, el autor dice expresamente que "en las donaciones y en aquellos contratos en que solo una de las partes hace o da algo, el mero hecho de aceptar da vida a lo convenido", y esta idea queda ratificada con la frase final "tal motivo sirve de causa para el que recibe y no da nada". En otro lugar de su misma obra DOMAT insiste en las ideas así expuestas. "Es necesario distinguir bien en las donaciones los motivos que los donantes exponen como causa de su liberali-

dad y las condiciones que son impuestas, porque si bien el incumplimiento de la condición anula la donación condicional, la donación queda subsistente aunque se logre demostrar que los motivos en ella expresados no eran verdaderos. Así, por ejemplo, si se establece que la donación se realiza en remuneración de los servicios prestados o para facilitar únicamente al donatario una adquisición que deseaba hacer, la donación no se anulará por la inexistencia de aquellos servicios o por imposibilidad de realizar la adquisición, pues siempre imperarála voluntad absoluta del que dona, quien puede tener otros motivos de los por él expresados"15.

¿Para qué hablar, entonces, de una causa en las donaciones, constituida por los motivos de estas, si tales motivos no han de producir efecto alguno? ¿Las propias palabras de DOMAT no son la negación misma de esa teoría que el pretende haber descubierto, según la cual la causa es elemento indispen sable en toda clase de contratos?H;. .

Ahora bien, la reforma introducida en este punto por los seguidores de la teoría consistió en rechazar la consideración de los motivos concretos que presiden la celebración de los contratos gratuitos para erigir el animus donandi abstractamente considerado en causa de las obligaciones provenientes de dichos contratos y, en especial, de las donaciones. Pero se observa, en primer lugar, que dicha reforma no pasa de ser un procedimiento artificioso yarbitrflrio para unificar aquella teoría, cuya esencia consiste en la distinción entre i el fin directo y abstracto perseguido por el deudor (causa) y los móviles o ! m:otivos subjetivos y concretos que determinan el consentimiento de aquel.

En segundo lugar, ¿no es falso y absurdo suponer que en las donaciones, además del consentimiento, es necesaria la intervención de otro elemento distinto, cual es el animus donandi

abstractamente considerado? ¿No significa esto que es posible consentir en una donación, pero sin tener ánimo de liberalidad? Es evidente, por el contrario, que en el consentimiento propio de cualquier contrato gratuito, como la donación o el mandato y el depósito no renumerados, esta implícito necesariamente dicho ánimo de liberalidad.

324. e) LA FALSEDAD DE LA TEORÍA FRENTE A LAS "CONDICTIONES SINE CAUSA".

Se ha redargüido, en vista de las críticas de falsedad formuladas contra lateoría de la causa, que estas se encuentran desmentidas por la institución roman<l de lascondictiones sine causal7. Pero nada tan inexacto como esta nueva defensa: el funcionamiento de la referida institución romana constituye precisamente la negación de esa teoría que pretende erigir el fin directo e inmediato perseguido por el deudor en requisito para la existencia o para la validez de los contratos y de las obligaciones. Como es sabido, el derecho honorario introdujo lascondictiones sine causa únicamente para evitar el enriquecimiento injusto que ocurría siempre que una persona hubiera realizado una adquisición no justificada ante el derecho (sin causa jurídica), imponiendo la restitución mediante el ejercicio de aquellas, lo que ya demuestra que dicha institución nada tiene que ver con la teoría clásica de la causa de las obligaciones. Hay que recordar que el derecho romano primitivo se inspiró en el principio rígidamente formalista enunciado con el aforism? forma dat esse rei para comprender que la pretendida causa final de las manifestaciones de la voluntad quedaba totalmente excluida. Si una persona hacía una promesa

sin fin alguno y aun sin ánimo de obligarse, empleando, v. gr., las fórmulas sacramentales de la stiPulatio, de todas maneras quedaba obligada y debía cumplir lo prometido, porque la sola forma contractual daba existencia a tales efectos jurídicos. Y, una vez que aquella persona hubiera cumplido, ya no podía repetir lo dado o pagado utilizando para ello unacondictio sine causa,
puesto que ya no se podía decir que el acciPiens hubiera adquirido sin causa jurídica. Por el contrario, la stiPulatio celebrada era causa suficiente de su adquisición.
Cierto es que más tarde el derecho honorario, inspirado en razones de equidad, amplió el marco de la institución de las condictiones sine causa, atacando con ella las adquisiciones realizadas mediante un contrato verbis o lit
teris en que las partes no hubieran querido realmente obligarse, es decir, en que no hubiera consentimiento a pesar de la observancia de las solemnida
des de dichos contratos. Pero aun así, en nada se modificó el funcionamiento
de las condictiones que continuaron siendo un medio para repetir lo que ya se hubiera dado o pagado, sin que nunca se llegara a declarar, como ~o han
pretendido los defensores de la teoría de la causa, que aquellos contiatds y las obligaciones resultantes de estos fueron nulos. Con otros términos: aun en el estado del máximo desarrollo de la institución de las condictiones sine causa, el deudor en un contrato verbis o litteris siempre estaba obligado a pagar; solo que si después demostraba que en el contrato había faltado el consentimiento aparentado con el lleno de la solemnidad, podía prevalerse de la mencionada institución para repetir lo dado o pagado. Y si esto era así, indudablemente resulta falsa la suposición de que las condictiones sine causa del de

recho romano pudieran servir de fundamento a una teoría que ha pretendido sostener la inexistencia o la invalidez de un contrato en que el deudor no hubiera alcanzado el fin directo e inmediato que se proponía al obligarselH.

325. f) LA FALSEDAD FRENTE A LA INSTITUCIÓN MODERNA DEL ENRIQUECIMIENTo INJUSTO. El derecho moderno, inspirándose en elementales principios de la equidad, también admite el enriquecimiento injusto o sin causa, que consiste en el acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que el respectivo desplazamiento de valores se haya efectuado por un medio justificado ante el derecho. Pero esto tampoco tiene nada que ver con esa teoría de la causa que considera que no puede haber obligación cuando el deudor no alcanza el fin directo e inmediato que se propone al obligarse. Solo por espejismo se puede dar a la palabra causa el mismo significado que tiene en la institución del enriquecimiento injusto o sin causa. Si tomamos la aplicación más frecuente de dicha institución en el pago de lo no debido o pago sin causa, esta última expresión se refiere a la inexistencia de la obligación que necesariamente debe preexistir a todo pago, puesto que este es solamente un medio de extinguir las obligaciones; cuando el pago no está precedido de una obligación no puede producir lógicamente su efecto propio, porque no se puede extinguir lo que no existe; entonces se dice que hay pago sin causa o, más exactamente, pago de lo no debido. De manera que, aunque las legislaciones modernas consagren la institución del enriquecimiento injusto y su aplicación particular en el pago de lo no debido, mal se puede tomar esto como una confirmación de esa falsa teoría de la causa de las obligaciones inventada por DOMAT.

B) La inutilidad de la teoria de Domat

326. LA TESIS ANTICAUSALISTA. Bien se le habría podido perdonar aDoMAT su adulteración del derecho antiguo y moderno, si con ella hubiera alcanzado algún resultado práctico; por ejemplo, atendido a una necesidad jurídica insatisfecha. Pero todas las supuestas aplicaciones de la teoría clásica de la causa encuentran su explicación natuq.l y'suficiente en otros principios y nociones ampliamente conocidos y del t?dq ajenos a dicha teoría. De ahí que el civilista francés AMBROISE COLIN, desptiés de una extensa y espaciosa defensa de esta, no hubiera podido eludir la confesión franca de que "el consentimiento implica la causa" y de que se "hubiese podido, sin necesidad de la teoría de la causa, illegar al resultado que con ella se 10gra!"E}. En efecto, si analizamos las aplicaciones concretas de la mencionada teoría en punto de los contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos, veremos que la teoría del objeto de los actos jurídicos y otras conducen exactamente a las mismas soluciones.

327. a) LA INUTILIDAD EN CUANTO A LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS. Como ya quedó dicho, la teoría de la causa de DOMAT pretende explicar la inexistencia o la invalidez de un contrato sinalagmático en que falten o sean falsas las obligaciones a cargo de una de las partes, y la invalidez del contrato, cuando las prestaciones que constituyen el objeto de dichas obligaciones sean contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Así,los expositores de esta teoría dicen que el contrato de compraventa de un cuerpo cierto perecido con anterioridad a la celebración de aquel es ineficaz (inexistente o nulo), porque, no pudiendo nacer la obligación del vendedor, falta la causa de las obliga-

ciones del comprador, ya que no se da el fin directo e inmediato que este persigue al obligarse. Igualmente se dice que el contrato por el cual una persona promete a otra una suma de dinero a cambio de que esta cometa un homicidio es absolutamente nulo, porque la obligación de la primera tiene causa ilícita.

Pues bien, prescindiendo de la comentada teoría de la causa, ¿dejarían de producirse los mencionados efectos jurídicos? Indudablemente no. El consentimiento necesario para la formación de todo contrato sinalagmático recae conjunta e indivisiblemente sobre todas las obligaciones y prestaciones propias de él, en forma tal que, faltando las que son de cargo de una de las partes, el contrato no puede formarse. Además, ya sabemos que la teoría de la inexistencia del objeto en los actos jurídicos conduce a la inexistencia de tales actos, y que esta solución ha sido tradicionalmente acogida por la doctrina del derecho civil y por la jurisprudencia. Además, también sabemos ya que
tienen objeto ilícito los actos jurídicos cuyas prestaciones sean contrarias a
la ley, al orden público o a las buenas costumbres, y que tal ilicitud está sancionada con la nulidad absoluta del acto respectivo. Por tanto, la teoría de la causa es totalmente inútil en sus aplicaciones relativas a la formación de los contratos sinalagmáticos.

Tampoco son más afortunadas las aplicaciones de la misma teoría en punto del desarrollo y la ejecución de los contratos sinalagmáticos. Suponer que, sin la noción de la causa, no es posible explicar la interdependencia de las obligaciones que estos producen, equivale a ignorar lo que es un contrato sinalagmático, cuya propia naturaleza, unida al principio de la buena fe que gobierna el desarrollo de las convenciones en un sistema jurídico no formalista, constituye fundamento

natural y adecuado para explicar que el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes (y aun su inejecución fortuita) debe autorizar a la otra parte para exonerarse del cumplimiento de las suyas y para pedir la resolución de ese contrato que ha dejado de responder a la intención que presidió su celebración. De manera que la exceptio non adimpleti contractus y la acción resolutoria por incumplimiento de un contrato no necesitan de la teoría de la causa para estar plenamente justificadas en sistemas jurídicos como el francés y el nuestro. Por otra parte, la acción resolutoria por incumplimiento también puede tener cabida en los contratos unilaterales, v. gr., en el comodato, cuando el comodatario ha dado a la cosa destino distinto del convenido (art. 2202), lo que demuestra que dicha acción no es en manera alguna consecuencia propia de una pretendida reciprocidad de obligaciones en los contratos bilaterales, producida por un elemento distinto de la intención de las partes y de los móviles que la inspiran.

328. b) L... INUTILIDAD EN CUANTO A LOS CONTRATOS REALES. Tanto en el derecho romano como en el moderno, los contratos reales requieren para su perfeccionamiento la entrega o la tradición, según el caso, de las cosas materia de ellos, en forma tal que faltando dicha entrega o tradición, el contrato se tiene por no celebrado y no produce obligación alguna. ¿Qué utilidad tiene, entonces, esa teoría que agrega perogrullescamente que dicha inexistencia del contrato y de las obligaciones se explica también por cuanto el deudor, al no recibir la cosa, ha dejado de alcanzar el fin que perseguía al obligarse? Absolutamente ninguna.
Otro tanto puede decirse respecto de los contratos reales que tienen objeto ilícito, como los que versan sobre las cosas que están fuera del comercio, contratos estos que siempre han

sido nulos por la ilicitud de su objeto, sin que fuera necesario agregar que también tienen una causa ilícita para explicar dicha nulidad, es decir, sin que fuera necesario llamar causa lo que siempre se ha denominado claramente con la expresión o~jeto.

329. c) LA INUTILIDAD EN CUANTO A LOS CONTRATOS GRATUITOS. No puede concebirse un acto jurídico gratuito, como una donación, en el que falte el espíritu de liberalidad. Por tanto, dicho elemento se encuentra necesariamente implícito en el consentimiento específico de dichos actos, y resulta artificioso e inútil el intento de separar aquella intención liberal de este consentimiento, lo que, como ya hemos explicado, equivale a imaginar la posible existencia de un acto gratuito carente de it;ltención liberal.

Además, si en las donaciones y en los contratos gratuitos se prescinde de la consideración de los móviles determinantes del consentimiento pres
tado por las partes, como lo recomienda la teoría que comentamos, nunca se podrá declarar la invalidez de aquellos por la ilicitud de la causa, porque el ánimo de liberalidad abstractamente considerado no puede ser contrario al orden público, a las buenas costumbres o a la ley. i;

Queda, en síntesis, demostrado que la teoría de la cau~a eJe los civilistas
franceses es falsa y también es completamente inútil.

C) La teoría de la causa impulsiva y determinante

330. LA JURISPRUDENCIA FRANCESA. Los tribunales franceses, desde hace más de un siglo, han venido elaborando una nueva teoría de la causa que, al identificar esta noción

con la de los móviles de los actos jurídicos, constituye una manifiesta negación de la teoría de DOMAT y sus seguidores. En efecto, los expositores de esta pusieron especial cuidado en la distinción entre la causa de las obligaciones contractuales, constituida por el fin directo e inmedia
to que el deudor persigue al obligarse, que es inherente a la naturaleza de
cada contrato y que, por consiguiente, siempre tiene que ser idéntica en los contratos de un mismo tipo, por una parte, y, por otra, los móviles subjetivos y concretos que inducen a los interesados a la celebración del contrato, móviles estos que, por principio político, imperan te en su época, deberían quedar
entregados a la sola conciencia de los contratantes, prohibiéndose la investigación y el control jurisdiccional de ellos. Pero los tribunales franceses
encontraron en las disposiciones del Código de Napoleón, que consagran
indudablemente la antigua teoría de la causa, un medio adecuado para
atacar los actos jurídicos determinados por móviles contrarios al orden pú
blico y a las buenas costumbres y, entonces, prefirieron cambiar la signi
ficación de la palabra causa empleada por la ley, tomándola en el sentido de
móviles determinantes de los actos jurídicos. Lo dicho explica que la primera y
más importante aplicación jurisprudencial de la nueva teoría de la causa impul
siva y determinante se hubiera realizado en el campo de los actos jurídicos

ilícitos en su fin, en los actos jurídicos que han obedecido a móviles contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Así, los contratos de arrenda
miento de locales destinados al establecimiento de garitas o lenocinio s, que
no son ilícitos en sus prestaciones aisladas o co~untamente consideradas
(dar el uso de un inmueble y pagar un canon de arrendamiento), han podido
ser declarados absolutamente nulos por ser ilícitos en su fin, o sea, en sus mó
viles determinantes identificados con la noáón de causa. Y lo propio ha sucedido
en relación con los contratos de compraventa de bienes muebles destinados a la decoración o al abastecimiento de negocios inmorales o lesivos del orden
social, como los anteriormente mencionados, y, en general, respecto de todo
contrato sinalagmático que se encuentre en las referidas condiciones.
También en punto de contratos unilaterales los tribunales han realiza
do importantes aplicaciones de su teoría. Así, han declarado igualmente
inválidos los contratos reales, como el mutuo encaminado a fomentar el
juego u otros vicios, y las donaciones en favor de hijos adulterinos o incestuosos y las hechas a cualquier persona para corromperla, v. gr., para indu
cirla al establecimiento o a la continuación de un concubinato. Como es
claro, la antigua teoría de la causa no daba pie para estas aplicaciones que

contradicen la identificación de dicha noción con la entrega o la tradición necesaria para perfeccionar los contratos reales y con el ánimo de liberalidad abstractamente considerado y propio de todo contrato gratuito.

En suma: la nueva teoría jurisprudencial francesa de la causa impulsiva y determinante obedece a una concepción filosófico-política opuesta a la que presidió el engendro de DOMAT, según el cual los móviles subjetivos de los Contratantes, por inmorales y antisociales que sean, pertenecen al fuero de su conciencia y no pueden ser investigados ni controlados por los jueces. Por el contrario, la nueva teoría jurisprudencial estriba en el rechazo de ese principio ultraindividualista y en la franca intervención judicial en los actos Jurídicos lícitos en sus prestaciones, vale decir, en su objeto, pero ilícito s en su finalidad.

Como ya lo hemos afirmado, el laconismo del Código de Napoleón en materia del error y la influencia del pensamiento de POTHIER en dicha obra han conducido a una deformación de la teoría del error in substantia, consistente en considerar que un agente jurídico incurre en este vicio de la voluntad, no cuando yerra sobre las calidades esenciales del objeto, sino cuando yerra sobre cualquier calidad esencial o accidental de él que haya sido tenida principalmente en mira por el agente al tiempo de

otorgar el acto jurídico. Convertida así la noción objetiva de sustancia del objeto en una noción puramente subjetiva, por cuanto se ha hecho depender exclusivamente de la intención o, mejor aún, de los móviles determinantes de los agentes quedó abierta la puerta para deformar todavía más aquella noción, desvinculándola totalmente del objeto y extendiéndola al error sobre cualesquiera móviles determinantes del acto. Con otros términos: entendiendo por sustancia del objeto toda calidad de este, determinante del consentimiento de las partes, como la antigüedad o la procedencia de una obra de arte, que mal pueden llamarse sustanciales o esenciales, era fácil comprender dentro del mismo concepto cualquier otro móvil determinante no relacionado estrictamente con el objeto de los actos jurídicos. Así, la jurisprudencia francesa ha anulado: a) el contrato de cesión de una patente caducada o industrialmente inaplicable en consideración "a que el cesionario no habría prestado su consentimiento de haber sabido que la patente carecía de valor, circunstancia esta que debía presumirse conocida por el cedente"; b) el contrato de genealogía o de revelación sucesoral a cambio de una participación en los bienes relictos, cuando dicha revelación ha carecido de interés para el presunto sucesor, por haber tenido este conocimiento de su vocación sucesoral por otros medios distintos, pues los tribunales han declarado que "tal contrato solo puede ser válido cuando el secreto cuya promesa de revelación determina el consentimiento del heredero es verdaderamente un secreto para este último"; c) las particiones en que se hayan incluido bienes que no pertenecen a la masa hereditaria, con relación a los cuales "la partición ha sido un contrato sin causa o con falsa causa"; d) el contrato de compraventa de un terreno destinado a la construcción de una escuela, cuando dicho terreno no ha reunido las condiciones requeridas por las disposiciones administrativas para tal fin, porque la común

intención de las partes, es decir, la construcción de la escuela, ha constituido manifiestamente "la circunstancia determinante de la venta del inmueble" y, "al no reunir este las condiciones necesarias para conseguir la autorización administrativa, habría error in substantia y también falsa causa, ya que el comprador se ha obligado teniendo en cuenta una causa imaginaria que el suponía real"~(). Estos ejemplos son suficientes para demostrar que los tribunales franceses han construido su teoría de la falsa causa, barajándola con la teoría del error.

Por otra parte, esta concepción subjetiva del error in substantia ha conducido a que la falsa causa reciba la sanción que racional y jurídicamente debe corresponderle, cual es la nulidad relativa o rescisión del acto jurídico respectivo, en vez de la nulidad absoluta o la inexistencia supuestas por los e:<positores de la antigua teoría. Cualquiera que sea la idea que se tenga de la falsa causa, esta noción siempre se ubica en el campo del error y es, por tanto, más lógico atribuir a aquella la sanción propia de este que inventarIe una sanción distinta sin fundamento racional alguno.

De acuerdo con todo lo anteriormente dicho la teoría de la causa irnpulsiva Y determinante, elaborada por la jurisprudencia francesa con el objeto primordial de controlar y sancionar los actos jurídicos ilícitos en su fin, ofrece las siguientes notas características: 1) la noción de la causa considerada como un requisito para la validez de los actos jurídicos corresponde a la idea de los móviles determinantes que presiden la celebración de aquellos. De manera que, entre los móviles de los actos jurídicos, hay que distinguir los que determinan el consentimiento de las partes y los móviles que son indiferentes o accidentales, es decir, que no ejercen influencia efectiva en la celebración de dichos actos. Solamente los primeros pueden ser calificados como causa; y 2) los móviles

determinantes deben ser comunes o, a lo menos, conocidos de ambas partes, pasando así de la categoría de móviles sub jetivos y secretos de cada uno de los agentes a la de fin del respectivo acto jurídico.

Reunidas las dos condiciones mencionadas, los móviles pasan a convertirse en requisito para la validez de los actos jurídicos, en forma tal que la ilicitud o la falsedad de tales móviles repercute sobre dichos actos, exponiéndolos a la nulidad absoluta o a la nulidad relativa o rescisión, respectivamente.

D) La teoría de la causa en el derecho colombiano

SECCiON VIII

LA LESIÓN ENORME

341. CONCEPTO. La lesión es el daño o detrimento que sufre una persona en razón de un acto jurídico realizado por ella. Ordinariamente consiste en el desequilibrio o desproporción entre las ventajas que el acto le reporta y los sacrificios que tiene que hacer para lograr tales ventajas. Se trata, por ejemplo, de un contrato usurario de mutuo, o de un contrato de trabajo a base de salario de hambre, o de una venta a vil precio. En todos estos casos se presenta la lesión, bien sea porque el mutuario tiene que pagar un interés excesivo en relación con el beneficio que le proporciona el préstamo, o bien porque el salario no alcanza a compensar los esfuerzos del trabajador, o porque el vendedor se desprende de un bien

patrimonial y recibe, en cambio, un precio comparativamente irrisorio.

342. LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. A imitación del derecho romano, del español antiguo y del francés, nuestro Código Civil ha consagrado un sistema injusto, fragmentario y empírico en materia de la lesión en los actos jurídicos, sancionándola únicamente en casos contadísimos y dejando, las más de las veces, sin protección alguna a las víctimas de la usura y de la explotación económica. Agrégase a lo dicho que este sistema no establece una sanción única en aquellos pocos casos, sino que, en algunos, erige la lesión en causal de nulidad relativa o rescisión de los respectivos actos jurídicos, mientras que en otros solamente autoriza el reajuste judicial de ellos.

343. CASOS EN QUE PROCEDE LA RESCISIÓN DEL ACTO VICIADO. Son los siguientes: la compraventa y la permuta de 1)ienes inmuebles, la partición de bienes y la aceptación de una asignación sucesora.

344. a) LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES. La lesión enorme en la compraventa de bienes inmuebles, que es la que va más allá de la mitad del justo precio de la cosa vendida o del precio pagado, permite a la parte perjudicada, vendedor o comprador, respectivamente, pedir la rescisión del contrato. Pero el comprador contra quien se invoca la rescisión tiene opción para consentir en ella o para completar el justo precio de la cosa con deducción de una décima parte; y el vendedor demandado, en su caso, también puede consentir en las rescisión del contrato o restituir el exceso del justo precio aumentado en una décima parte (arts. 1946 y ss.).

Por expresa disposición legal, la acción rescisoria por lesión enorme no tiene cabida en la compraventa de bienes muebles, ni en la de inmuebles que se hubiere hecho por ministerio de la justicia (ley 57 de 1887, art. 32).

345. b) LA PERMUfA DE BIENES INMUEBLES. Como las reglas de la compraventa son aplicables a la permuta, en lo que no se opongan a la especial naturaleza de este contrato, la acción rescisoria por lesión enorme también procede, en los términos y condiciones indicados en el número anterior, respecto del contrato de permuta de bienes inmuebles (art. 1958).

346. c) LAS PARTICIONES DE BIENES. Al tenor del art. 1405, "las particiones se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos". Este mismo texto legal dispone a continuación que "la rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota"l.

347. d) LA ACEPTACIÓN DE UNA ASIGNACIÓN SUCESORAL. Este acto jurídico unilateral también puede ser rescindido por causa de lesión, conforme al art. 1291 del Código Civil, que reza lo siguiente: "La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave, a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla... Se entiende por lesión grave la que disminuye en valor total de la asignación en más de la mitad".

Como se observa, en los casos anteriormente relacionados el Código siempre exige que la lesión sea enorme (ultra dimidium), y establece para ella la sanción consistente en la rescisión del acto o contrato afectado, sin per

juicio de que, tratándose de la compraventa o la permuta de bienes inmuebles, se conceda opción a la parte beneficiada

con la lesión para consentir en la rescisión del contrato o para reajustarlo indemnizando el valor del perjuicio, con deducción de una décima parte del justo precio de la cosa.

348. CASOS EN QUE SOLO PROCEDE EL REAJUSTE DEL ACTO LESIVO. Estos se reducen a la estipulación de intereses en el mutuo y en la anticresis ya la cláusula penal.

349. a) LA LESIÓN ENORME. En el mutuo no es lícito pactar intereses remuneratorios o moratorias que excedan del máximo autorizado por la ley en la época del contrato. .
Así, en materia civil, por ejemplo, si el interés corriente es del 36.25% efectivo anual (resolución 1301 de 1994 de la Superintendencia Bancaria), el convencional remuneratorio no puede ser superior a ese 36.25% efectivo anual, ni el moratoria puede ser superior al 54.375% efectivo anual. Es este uno de los contados casos en que nuestra deficiente legislación al respecto reconoce la lesión enorme como vicio de los actos jurídicos, aquí sancionada con el reajuste judicial de los intereses convencionales excesivos a solicitud del deudor, a saber: con la reducción de los remuneratorios a la tasa del interés corriente (arts. 2231 y 2466), Y de los moratorias, a la misma tasa más la mitad (art. 1601). De suerte que si se estipulan intereses remuneratorios al 40% efectivo anual y moratorias al 60% efectivo anual, al establecerse que los corrientes al tiempo del contrato eran, tal como actualmente lo tiene certificado la Superintendencia Bancaria y en nuestro ejemplo, del 36.25% efectivo anual, el reajuste judicial de los intereses remuneratorios convencionales debe hacerse hasta concurrencia de estos últimos, o sea del 40% efectivo anual al 36.25% efectivo anual, y el de los moratorias convencionales del 60% efectivo anual al 54.375% efectivo anual, por ser el

interés corriente más la mitad el máximo que la ley permite estipular.
Y, además de la reseñada sanción consistente en el reajuste judicial de los intereses que superen los límites establecidos por la ley, hay que tener en
cuenta también lo que recientemente ha dispuesto la ley 45 de 1990, sobre reforma financiera, la cual, en su artículo 72 estatuye: "cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites f~ados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorias o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción".
Por consiguiente, debemos entender que el reajuste judicial procede respecto de intereses estipulados con violación de los límites máximos f~ados por la ley; pero todavía no cancelados; al paso que la sanción consistente en la pérdida de los intereses, cuya devolución puede ser solicitada inmedia
tamente por el d~udor, más una suma igual al exceso, a título de sanción,

I I .

operaría respecto de! aquellos que ya se hayan pagado con violación de los
topes legales. El procedimiento a seguir, tanto para el ajuste como para la pérdida de los intereses, de conformidad con el numeral 8 del parágrafo segundo del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil y con el parágrafo segundo del artículo 435 ibídem, es el verbal de mayor y menor cuantía, regulado por el capítulo 1 del título XXXIII del libro tercero de la misma obra,

o el verbal sumario, de que trata el capítulo 11 de tal título, dependiendo de la cuantía.

350. b) LA ESTIPULACIÓN DE INTERESES EN LA ANTICRESIS. El art. 2466 del Código Civil hace extensiva al contrato de anticresis la regla sobre reducción de intereses establecida para el mutuo en el citado art. 2231 de la misma obra. Reza aquel: "Los intereses que se estipularen estarán sujetos en caso de lesión enorme, a la misma reducción que en el caso de mutuo".

351. c) LA cLÁUSULA PENAL. En fin, el art. 1601, referente a la estipulación de cláusula penal, autoriza la reducción de esta en los siguientes términos: "Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debía prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada,
podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose esta en él. La disposición anterior no se aplica al mu
tuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".
En relación con este artículo, solamente es necesario advertir, a guisa de comentario, que la reducción del interés estipulado como cláusula penal no es la misma que el juez debe hacer respecto del interés pactado para el término del mutuo, porque, según el art. 2231, este último puede y debe ser reducido al tipo del interés corriente, mientras que aquel solamente

puede serIo hasta concurrencia del interés máximo que es permitido estipular, es decir, hasta concurrencia del interés corriente más la mitad, como se desprende del propio art. 2231.

352. CRÍTICA AL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL. Como ya quedó expuesto, todo el sistema del Código Civil sobre la lesión se reduce a los siete casos anteriormente relacionados. Fuera de ellos, cualquier desproporción o desequilibrio en la economía de un acto jurídico no produce efecto alguno; queda al margen de toda sanción legal, en virtud del postulado general de la legalidad y obligatoriedad de los actos jurídicos. Varias observaciones y críticas sugiere este sistema, a saber:

353. a) LA LESIÓN EN LOS ACTOS GRATUITOS Estos, por su naturaleza, implican la pre~taCión desinteresada de un servicio. De suerte que, aunque ocasionen sacrificios y hasta el empobrecimiento mismo de uno de sus agentes,
estos fenómenos se explican y justifican plenamente ante el derecho por el espíritu de liberalidad o beneficencia que los motiva. En la donación, por ejemplo, el donante se desprende gratuitamente de un bien y experimenta una disminución de su patrimonio; pero la falta de una retribución correlativa se explica y justifica por la gratitud, el afecto o la benevolencia que animan al donante y lo inducen a la celebración del acto. Por estas razones, ninguno de los siete casos en que la lesión constituye vicio de los actos jurídicos, conforme a nuestro Código Civil, se refiere a un acto gratuito o desinteresado, lo que está bien.

354. b) LA LESIÓN EN LOS ACTOS ALEATORIOS. En los actos aleatorios, por definición, no es posible saber en el momento mismo de su celebración cuál haya de ser la ganancia o la pérdida de cada una de las partes, porque dependen

de circunstancias posteriores sometidas al azar. En aquel momento, cada una de las partes solamente puede contar con una probabilidad de
ganancia, a cambio de una probabilidad de pérdida; de manera que la uti
lidad y el perjuicio efectivos que pueda proporcionar el acto siempre se
determinarán con posterioridad a la celebración de este. Así, por ejemplo,
en el contrato de seguro de vida ni el asegurador ni el asegurado pueden
saber al tiempo de su celebración cuál habrá de ser el número de las primas
que el último alcance a pagar antes de su muerte. Siendo esto así, tampoco
se puede erigir la lesión en vicio de los actos jurídicos aleatorios. Pero es claro que si un acto conmutativo se disfraza de aleatorio, una vez descubierta esta
simulación, dicho acto puede ser rescindido o reajustado por lesión, a condición de que esté comprendido dentro de uno de los siete casos ya vistos en
que este vicio acarrea tales sanciones2.

355. c) LA LESIÓN EN LOS ACTOS INTERESADOS NO ALEATORIOS. El campo
propio del vicio de la lesión es el de los actos interesados no aleatorios. y,
principalmente, el de los contratos conmutativos. Quien se presta a realizar
un sacrificio en virtud de un acto jurídico, espera, por regla general, que este
le proporcione un beneficio más o menos equivalente. Solo en los actos gratuitos o de liberalidad quien los celebra se contenta con la satisfacción de

prestar desinteresadamente un servicio. Por lo dicho se comprende que cuan
do en los actos onerosos no aleatorios, y especialmente en los contratos conmutativos, se rompe esa equivalencia o equilibrio que les es natural, esta
bleciéndose desproporción notable entre las cargas que se imponen a uno
de los interesados y el provecho que recibe en cambio, tales actos pierden
su fisonomía propia y dan lugar a un intrincado problema en que están com
prometidos los dictados de la justicia y las exigencias de seguridad en el
comercio. La primera reclama el reajuste de la economía del acto, espe
cialmente cuando la lesión es cuantiosa y encuentra su causa en la mala fe de
la parte que, aprovechándose de la penuria, la ligereza o la inexperiencia de la
otra, viene a recibir un beneficio indebido. Pero la seguridad del comercio tampoco se compadece con el establecimiento de una justicia estricta y
absoluta en los negocios; de manera que cualquier desequilibrio, por insig
nificante que sea, pueda conducir a la revisión judicial de los actos' y a su
consiguiente rescisión o reajuste. Semejante sistema paralizaría totalmente
la iniciativa individual y destruiría la necesaria seguridad en las transacciones comerciales; "lo mejor vendría a convertirse, entonces, en enemigo de lo bueno", como lo observa]ossERAND. Por esta última razón, ninguna legisla ción

positiva ha llegado a admitir, sin restricciones, que la lesión pueda constituir vicio de los actos jurídicos.

356. EL CÓDIGO CIVIL y LA DOCTRINA MODERNA. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la doctrina moderna formula tres principios que deben ser consultados para la reglamentación orgánica de la lesión, y con 2 Casaciones del 17 de agosto de 1933 y 10 de diciembre de 1934, "G.J.", núm. 1895,
págs. 501 Y 73, respectivamente.

cuyo auxilio podremos evaluar nuestro sistema legal vigente al respecto, a saber:

357. 1 Q) LA LESIÓN DEBE CONSTITUIR VICIO GENERAL DE LOS ACTOS JURíDICOS
INTERESADOS NO ALEATORIOS. Ya hemos dicho que cuando la economía de estos
actos se rompe o desequilibra en medida considerable, la justicia exige su
revisión, especialmente cuando tal desequilibrio encuentra su causa en la
mala fe de quien ha recibido provecho del acto.

La tradición romana, francesa y española, continuada por nosotros, se
muestra adversa a este postulado general de justicia. No vacila en proteger
la autonomía de la voluntad privada contra la incapacidad, la violencia, el do
lo y el error, pero se niega a prestarle amparo contra la usura, permitiendo que esta obre a sus anchas en todas las transacciones comerciales, como las que
no están comprendidas en ninguno de los siete casos que ya hemos estu

diado. Y hablamos de la usura, empleando la terminología de los canonistas
y de los expositores alemanes, porque es indiscutible que cuando este vicio
adquiere proporciones cuantiosas, convierte en usurario cualquier acto ju
rídico, aunque no sea el préstamo de dinero, encaminado a traducir el inter
cambio social de los bienes y de los servicios.
Los partidarios de esa tradición caduca, que ha perdurado en nuestro
ordenamiento positivo, suelen defenderla y pretendenjustifi- carla diciendo,
entre otras cosas: que es imposible apreciar con exactitud el valor de todas
y cada una de las prestaciones provenientes de un contrato, dado 10 fatal
mente subjetivo y variable del valor según las personas y las circunstancias;
que es 10 natural que el más hábil acabe por hacerse el de la vista gorda al
tiempo de contratar, cuando prevea que ello puede convenirle por tratarse
de negocios complejos y de resultados variables o dudosos, de donde se con
cluye que el establecimiento legal del vicio de la lesión con- duce a que resul
ten perjudicados los menos hábiles para OCl,lltar; que la historia nos muestra
que la libertad en materia contractual y en ~tqs es lo que más determina el
acrecentamiento de la riqueza y el bienest~r de los pueblos, etc.3.

Pero los referidos argumentos, producto del individualismo exagera
do, no pasan de ser sutilezas insuficientes para apuntalar una concepción
jurídica inequitativa. Es cierto que el valor abstractamente considerado es
subjetivo y variable según las personas y las circunstancias; pero no es menos
cierto que los bienes y los servicios tienen un precio social y objetivo que, a
lo menos aproximadamente, se puede estimar en cualquier momento. Y es
a este precio social y objetivo al que se debe atender siempre que se trate de
revisar la economía de un acto jurídico; no a las pretensiones más O menos fundadas de los interesados. Tampoco se puede negar que es posible que en
ciertos negocios complejos los más hábiles resuelvan hacerse los de la vista gor~a si sabe~ que podrán invocar ,?ás .tarde l~ i~stitución juríd~ca de la
lesion, encammada a conservar el eqUIlIbno economICO en los actos Jurídicos onerosos. Pero este empleo indebido y abusivo de la institución se puede evitar estableciendo que la acción rescisoria por el vicio de la lesión sola
mente se conceda a quien acredite que la otra parte se ha aprovechado de
SU penuria, ligereza o inexperiencia. Además, la ley debe atender siempre a lo que es general y más probable, no a los casos excepcionales y esporádicos; y es indudable que, en la mayoría de los casos, los actos jurídicos benefician a los más hábiles y a los inescrupulosos, con detrimento de los confiados y los inexpertos. En fin, lo que realmente está demostrando la historia de los últimos tiempos es que el liberalismo

y el individualismo inmoderados han producido como resultado una explotación inmisericorde en todos aquellos actos jurídicos, como los contratos de crédito, de trabajo y de provisiones, en que se enfrentan los intereses de los individuos hábiles y pudientes a las necesidades de los inhábiles y desvalidos, lo que ha determinado la intervención del Estado en tales contratos.
Consideramos, pues, que la equidad, cuyos dictados han sido frecuentemente desatendidos en nombre de la libertad individual, condena aquellos sistemas positivos, como el colombiano, en que la lesión no constituye un vicio general de los actos jurídicos onerosos, permitiendo que la usura y la mala fe imperen bajo la protección legal en la gran mayoría de las transacciones comerciales.

358. 2Q) SE DEBE DEJAR MARGEN SUFICIENTE A LA AUTONOMÍA DE LA YOLUNTAD
PRIVADA. Tambi"én hemos dicho ya que la seguridad del comercio no se compadece con el establecimiento de una justicia estricta y absoluta en los negocios, hasta el punto de que el más insignificante desequilibrio o desproporción en ellos pueda conducir a su revisión judicial. Hay que tener en cuenta que el valor social y objetivo de los bienes y los servicios fluctúa más
o menos, debido a circunstancias diversas y, principalmente, al funciona- 1 miento de la ley económica de la oferta y la demanda. Por tanto, la institución jurídica de la lesión debe ser organizada en forma tal que dé cabida a las variaciones de los precios y a la iniciativa individual. Para este efecto, conviene que la ley f~e un límite a partir del cual la lesión constituya vicio de los actos jurídicos y comience a repercutir sobre su validez y su intangibilidad. La tendencia legislativa al respecto es la de dar a los jueces facultad discrecional para

decidir si los actos denunciados como usurarios deben ser revisados o si, por el contrario, deben ser mantenidos. Pero creemos que la arbitrariedad judicial es más peligrosa para la seguridad del comercio que la misma arbitrariedad legal y que, por consiguiente, es preferible que sea el propio legislador quien se encargue de señalar el límite preciso de la lesión. El Código Civil colombiano f~a dicho límite en la mitad del justo precio de la prestación discutida, de suerte que solamente a partir de este punto (ultra dimidium) la lesión puede ser calificada de enorme y dar lugar a la revisión judicial de la economía del acto, para que, según el caso, se declare su nulidad o se decrete su reajuste. En nuestro concepto, este límite peca por exceso de protección a la libertad contractual e incurre en injusticia. Bien está que a dicha libertad se le deje un margen suficiente y, si se quiere, considerable, dentro del cual pueda obrar sin temores; pero no se debe permitir que en los actos jurídicos una de las partes pueda ser lesionada impunemente en la mitad del valor total de sus prestaciones, por que es muy difícil presumir seriamente un error justificable de tal magnitud. Nadie vende por cincuenta mil pesos una casa que vale cien mil, a menos que sea víctima de una explotación económica indebida, o a menos que obre con tal grado de consciencia y Jibertad, que no necesite de protección jurídica alguna. Por tanto, el límite de la lesión permitida se debe reducir siquiera a una tercera parte del valor de las prestaciones a cargo de cada uno de los agentes o grupo de agentes que forman una sola parte en el acto. Con ello se deja margen suficiente a la iniciativa individual y se garantiza la seguridad de las transacciones honestas, sin incurrir en excesos e injusticias que apenas si pueden explicarse en aquellas legislaciones positivas inspiradas en principios exageradamente individualistas.

359. 3Q) EL FUNDAMENTO ÉTICO DE LA INSTITUCIÓN DEBE PRESIDIR SU FUNCIONAMIENTO. El reconocimiento legal de la lesión tiene por fin la moralización del comercio y la sanción de la mala fe de los negociantes que obtienen ventajas indebidas, aprovechándose de la penuria, de la ligereza o de la inexperiencia de otras personas. Por consiguiente, para la organización adecuada de esta institución no basta con atender a los dos principios anteriormente analizados. Bien está que la lesión se erija en vicio general de los actos jurídicos, porque la justicia así lo pide y porque racionalmente es inexplicable que en un sistema positivo, como el nuestro, se declare que la compraventa de bienes inmuebles es rescindible por causa de lesión en más de la mitad del justo precio, y que, al propio tiempo, la compraventa de bienes muebles sea intangible aunque el perjuicio sufrido por una de las partes abarque poco menos de la totalidad del valor de las prestaciones a su cargo, y que esto último también suceda, sin distinción alguna, en materia de contratos de arrendamiento, de mandato, de trabajo, etc. Igualmente, está bien que se señale un límite amplio a la iniciativa privada, en forma tal que la lesión no afecte la validez de los actos jurídicos sino a partir de dicho límite, con lo cual queda garantizada la seguridad del comercio. Pero si solamente se atiende a estas dos directrices mencionadas, la institución pierde su sentido propio y funciona mecánicamente porque, entonces, toda su eficacia se hace depender exclusivamente de la magn,itud de la les; :Sn, aunque esta pueda ser indiferente y hasta justificable por circunstancias especiales. Tal es lo que acontece en el sistema implantado por nuestro Código Civil. En este, por ejemplo, la compraventa de bienes inmueble s es rescindible por causa de la lesión cuando el precio estipulado es inferior o superior en más de la mitad aljusto

precio de la cosa; pero nada importa que el vendedor o el comprador, según
el caso, haya sido víctima de una explotación indebida, ni que, por el contrario, haya procedido con pleno conocimiento del perjuicio que podía sufrir, pero determinado por móviles de otra índole, v. gr., por el deseo de realizar el acto que le es lesivo, para colocarse en condiciones de aprovechar otro negocio brillante. Este ejemplo nos demuestra que un sistema positivo
que admita el funcionamiento puramente mecánico de la institución no es
menos injusto que aquel que niegue el amparo contra la usura en los actos
jurídicos. Por consiguiente, es necesario corregir tan grave defect~, lo que
se logra amoldando la eficacia de dicha institución a su espíritu ético, de manera que la revisión de los actos jurídicos lesivos solamente pueda tener lugar cuando una de las partes se haya aprovechado de la penuria, la ligereza o la inexperiencia de la parte perjudicada. Mientras esto no suceda, mientras los particulares usen de su libertad jurídica con buena fe, sus actos merecen plena protección legal. Así lo han comprendido los legisladores modernos. Por ejemplo, el Código suizo de las obligaciones reza 10 siguiente en su art. 21: "En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y el objeto de la obligación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del término de un año, manifestar que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, en cuanto la lesión haya sido determinada por la explotación de su penuria, de su ligereza, o de su inexperiencia. El término de un año se cuenta desde la 'conclusión del contrato". Y el Código Civil alemán dispone en su art. 138: "Es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres;.y

especialmente lo es aquel por el cual, aprovechán~ose de las dificultades, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, alguien se hace prometer para sí o para un tercero, en cambio de una prestación o promesa, ventajas económicas que excedan de lo que se promete o se da, en forma tal que sea evidente la desproporción, atendidas las circunstancias".

360. CONCLUSIÓN CRÍTICA. El fragm~ndlrio y empírico sistema civil colombiano acerca de la lesión como vicio de lps actos jurídicos, merece graves reparos por varios aspectos, principalmente por los siguientes: en primer lugar, omite la protección debida a la autonomía de la voluntad privada, permitiendo que la usura y la mala fe imperen en la gran mayoría de las transacciones comerciales; en segundo lugar, para los poquísimos casos en que admite la revisión de los actos jurídicos por causa de la lesión, señala a esta un límite exageradamente amplio (laesio ultra dimidium), lo que equivale a exigir que dicho vicio alcance proporciones enormes para que se haga acreedor a las sanciones legales; y, en fin, dentro de ese marco tan estrecho, la institución funciona mecánicamente, sin que para nada se tomen en consideración ni su finalidad ética ni los móviles perseguidos por los agentes, a causa de los cuales se haya producido la ruptura de la economía en las transacciones, con lo cual se autoriza injustamente la revisión judicial de estas, aunque la lesión sea indiferente y hasta justificable en ciertos casos, habida consideración de las circunstancias y de los móviles determinantes de las partes.

361. LA LESIÓN Y LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. Como en nuestro sistema legal la lesión funciona mecánicamente cuando alcanza la magnitud requerida y cuando se trata de uno de aquellos casos excepcionales en que estáautorizada la revisión de los actos jurídicos por tal concepto, es claro qUe dicha institución no forma parte de la de los vicios

del consentimient04. En esta última preside un criterio de apreciación intencional, es decir, de investigación subjetiva; aquella se gobierna por determinaciones mecánicas y objetivas. De suerte que, aunque pueda ser verdad que el legislador haya sancionado la lesión en algunos casos, atendiendo a la posibilidad de que la persona que la sufre haya incurrido en error respecto de la economía del acto o de que haya obrado bajo el imperio de una necesidad grave indebidamente explotada por su adversario, no es menos cierto que, ya en su funcionamiento, la institución de la lesión es independiente de los vicios del consentimiento. Si se trata, por ejemplo, de la compraventa de un bien inmueble, basta que el precio estipulado sea inferior o superior en más de la mitad al justo precio de la cosa vendida para que la acción rescisoria por lesión enorme pueda ser incoada por la víctima. Para este efecto ya no importan los errores cometidos ni la mala fe empleada por los contratantes, como tampoco importa que la víctima haya obrado con plena libertad y después de verificar un cálculo sereno sobre los resultados del negocio. Por consiguiente, repetimos que el derecho civil colombiano no permite integrar la lesión dentro de la institu
ción de los vicios del consentimiento, en lo que se ciñe a la opinión de PoTHIER, quien decía: "La equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos interesados, en los cuales cada uno de los contratantes da o hace alguna cosa para recibir otra como precio de lo que da o hace, la lesión sufrida por cualquiera de ellos es suficiente por sí misma para viciar el contrato, aunque el otro contratante no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo"5.

Pero sí es conveniente que la lesión sea asimilada a los vicios del consentimiento, en cuanto a su régimen jurídico, tal como 10 hace nuestro Código Civil, a lo menos en parte. En efecto, la seguridad del comercio estáinteresada en la estabilidad de

las transacciones y en que cuando estas adolecen de algún vicio que afecte su validez, puedan ser ratificadas por los interesados o saneadas por el trascurso del tiempo, salvo en aquellos casos en que el orden públíco o las buenas costumbres se opongan a estos remedios. Ahora bien, como la finalidad principal que se persigue con la institución de la lesión como vicio de los actos jurídicos es la protección de las víctimas de la usura, ni el orden público ni la moral se oponen a que ellas renuncien a esa protección que se les ofrece y a que, por tanto, ratifiquen voluntariamente el aCtO viciado o dejen de hacer uso de las acciones que se les reconocen. Por este aspecto, nuestro sistema, que solamente autoriza la rescisión o el rea
juste de los actos lesivos, es superior al sistema alemán que los declara abso
lutamente nulos, por ser contrarios a las buenas costumbres, lo que impide SU saneamiento.

362. LA LESIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO. APRECIACIÓN CRíTICA GENERAL. El prurito innovador y la ligereza que caracterizaron la redacción de nuestro actual estatuto mercantil condujeron a que en este se modificase el tratamiento que el Código Civil le da a la lesión enorme, no para ponerlo a tono con las orientaciones doctrinarias modernas, sino para oscurecerlo e inyectar1e soluciones disparatadas e incoherentes. En efecto, la falta de entendimiento de los criterios adoptados por el Código últimamente mencionado determinó que a la cláusula penal, estipulada en función de una estimación anticipada de perjuicios, se le quitase toda su eficacia respecto del incumplimiento de las obligaciones de valor determinado sancionadas contractualmente con una pena también de valor determinado. Y, lo que es más grave, en materia de la regulación de los intereses, particularmente

de los límites a su estipulación convencional, se introdujo el caos, como lo veremos un poco más adelante.

363. LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y LA PENA DE VALORES DETERMINADOS. Visto está que el art. 1601 del Código Civil autoriza la reducción de la pena estipulada para el caso de incumplimiento de una obligacion de cuantía determinada, así: "Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debía prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose esta en éL" De esta suerte, dicho Código acogió, para el caso que se contempla, la equitativa solución del derecho romano y español antiguo, en el cual se consideró enormemente lesiva la pena que, además de compensar la obligacic)ll principal, condujese a una indemnización de perjuicios superior al monto de la pena (ultra duPlum, más del dos tanto)'.

Pero el Código de Comercio, ignorando que la pena, objeto de la cláusula penal, cumple la función de estimación anticipada de los perjuicios que sufre el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal, dispuso que cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella (art. 867), lo que equivale al absurdo jurídico de decir que el deudor que incumple, aun por dolo, solamente debe cumplir la obligación principal, ni más ni menos.

364. GENERALIDADES SOBRE LOS INTERESES. Para la mejor inteligencia de este tema, conviene recordar algunas nociones elementales.

El dinero, aunque esté representado por moneda fiduciaria, o sea, respaldada en todo o en parte por la fe del Estado, es también en sí mismo un bien patrimonial susceptible de constituir objeto de transacciones comerciales, ya a cambio de otros bienes, ya al facilitárselo alguien a otro para obtener como contraprestación el pago de un rédito o interés.

Teniendo en cuenta la preindicada naturaleza del dinero, su función en el intercambio comercial y la facilidad de su inversión, el legislador reconoce, en general, su rentabilidad o aptitud para producir intereses que así constituyen los frutos civiles del dinero (art. 717); y, además, establece al respecto una serie de regulaciones que miran a varios fines, tales como el de sancionar el incumplimiento de las obligaciones a dinero, el de prefüar el monto de los intereses a falta de estipulación convencional y, de otro lado, siguiendo una tradición legislativa inspirada en el propósito de combatir la usura, a mantener las estipulaciones al respecto dentro de límites que se consideran razonables y justos.

Distingue el Código Civil tres clases de estos: los convencionales que, como su nombre lo indica, son los que las partes estipulan contractualmente; los corrientes, que son los usuales, o sea, los que normalmente se cobran en cierto mercado; y los legales, cuya tasa füa expresamente el Código en el 6% anual.

Por otra parte, en razón del régimen pertinente, cabe también distinguir entre los intereses remuneratorios, que son los que devenga un crédito de capital mientras el deudor no está obligado a restituirlo, generalmente mien

tras dicho deudor está legitimado para mantenerlo en su poder, v. gr., durante el plazo del mutuo o del concedido al comprador para el pago del precio; y los moratorios, que son los que dicho deudor debe pagar a título de indemnización de

perjuicios desde el momento en que se constituya en mora de pagar ese capital.
A imitación de la legislación francesa, nuestro Código Civil incurrió en el error de establecer un interés legal cuya tasa fuó en el 6% anual (arts. 1617 y 2232). Esta tasa rige en los asuntos civiles, a falta de estipulación convencional o de expresa autorización del interés corriente, en la mora de las obligaciones de dinero (art. 1617); en las prestaciones mutuas (arts. 964, 1746), etc.
Ahora, conviene recordar también el régimen de los intereses moratorias consagrado por el Código Civil.
Preceptúa el art.1617 del Código Civil: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1;!) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes...".

De suerte que, conforme a este texto, el interés legal solamente entra a operar para los efectos de la indemnización de perjuicios por la mora en
el pago de las obligaciones de dinero, cuando las partes no han f~ado un
interés convencional moratoria o uno remuneratorio superior al legal y,
además, la ley no haya autorizado para el caso el cobro de intereses corrientes. Por ejemplo, si en un asunto civil no se hari pactado intereses moratorias, se ha estipulado un interés remuneratorio del 3%, y no hay autorización especial para cobrar intereses corrientes, el interés moratoria es el

legal del 6% füado por el Código Civil. Con otras palabras, el orden de
prelación en el pago de los intereses moratorias establecido por el citado art. 1617 es, a saber: el interés moratoria convencional, el interés remuneratorio convencional superior al legal, el interés corriente especialmente autorizado y, en último término, el interés legal.
Y, para terminar con estas generalidades y por lo que respecta a la prueba del interés, tenemos que la presuncion según la cual todo el mundo conoce la ley desde que esté en observancia (C. C., art. 9Q y C. de R. P. M., art. 56), obviamente se proclama respecto de los jueces, ante quienes así solo hay que acreditar los hechos constitutivos de las situaciones fácticas que
sirven de presupuesto para la aplicación de aquella. Por tanto, cuando en materia civil hay lugar al pago del interés legal fuado en el 6% anual por los arts. 1617 y 2232 del Código Civil, dicha tasa se aplica de jure. Pero, como en punto de los negocios mercantiles el Código de Comercio asimiló el interés
legal al corriente bancario, el acreedor que cobre el interés mercantil legal,
remuneratorio o. moratoria, tiene que acreditar el monto del. corriente bancario, de conformidad con el arto 191 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es actualmente el siguiente, por virtud de la modificación introducida a este artículo por la ley 45 de 1990, sobre Reforma Financiera: "Prue
ba de los intereses. El interés bancario corriente se probará con certificación' expedida por la Superintendencia Bancaria. Cuando se trate de operaciones s~jetas a regulaciones legales de carácter especial, la tasa de interés se probará mediante copia auténtica del acto que la fue o autorice".

364. BIS. LAs NORMAS COMERCIALES SOBRE INTERESES. Comencemos por precisar que nuestro Código Mercantil solo autoriza el cobro del interés remuneratorio corriente, cuando las partes han guardado silencio al respecto, en
algunas pocas operaciones, tales como los suministros o ventas al fiado (art. 885), el saldo de cuenta corriente (art. 1251), el mutuo (art. 1163), yel sobre giro en cuenta corriente bancaria (art. 1388, hoy derogado y sustituido por el art. 70 de la ley 45 de 1990). .

Por el contrario y por lo que respecta a los intereses moratorias, existe Una autorización legal y general para su cobro, tratándose de obligaciones mercantiles de carácter dinerario y "en caso de mora y a partir de ella" (art. 65 de la ley 45 de 1990, sustitutivo del art. 883 del Código de Comercio, el cual fue expresamente derogado por la mencionada ley 45 de Reforma Financiera).

En relación con el complejo tema de los límites legales a la estipulación de los intereses, ora remuneratorios, ora moratorias, las normas comerciales son bastante complejas.

En primer lugar, conserva vigencia el tristemente célebre, por lo abtru
so y enrevesado, arto 884 del Código de Comercio, a cuyo tenor: "Cuando en
los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se
especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratoria, será del doble y en cuanto
sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses.

Los límites a la estipulación convencional de los intereses, consagrados, o más bien aparentemente consagrados, por el

precepto legal que acabamos de reproducir, son protegidos por disposiciones tales como las que a continuación nos permitimos trascribir:

"Para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UP AC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra causa de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como intereses" (art. 64, inc. primero, de la ley 45 de 1990).

"En cualquier sistema de interés compuesto o de capitalización de intereses se aplicarán los límites previstos en el mencionado artículo" (art. 64, ine. segundo, de la misma ley).

"Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera que sea su denominación" (art. 65, ine. segundo, ibídem).

"Para todos los efectos legales se reputarán intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento" (parte esta última de la disposición transcrita que tiene como sujetos particulares a las instituciones financieras) (art. 68 de la misma ley); y,

"Prohíbense los pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente admitidos" (texto que trata de cerrar cualquier posible brecha) (Código de Comercio, arto 1168).

Pasando a la consideración del anatocismo, asunto también íntimamente ligado con la materia de los límites a la estipulación convencional de los réditos del capital, observamos que

continúa rigiendo el arto 886 del Código de Comercio, en cuanto que estatuye que "los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos"; y con la sola excepción entronizada por la ley 45 de 1990, en el sentido de que "en operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida la Junta Monetaria" [hoy Junta Directiva del Banco de la República] (parágrafo primero, arto 64), disposición de excepción esta encaminada a hacer asequible el crédito otorgado por el sector financiero a las clases de más bajos recursos, mediante la implementación de sistemas de amortización que arrojen cuotas o instalamentos de pago que se compaginen con sus limitados ingresos.
Por último, téngase en cuenta la muy importante norma del arto 72 de la Ley de Reforma Financiera, que reza: "Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción". Texto este con eficacia incluso respecto de los negocios jurídicos puramente civiles.
364. TER. COMENTARIOS A LAS NORMAS ANTERIORES. a) Nuestra opinión es adversa al establecimiento del interés legal, vale decir, del prefDado por la ley en una tasa inmodificable, por cuanto tal establecimiento no consulta las fluctuaciones de la vida económica y se presta a la iniquidad

insalvable en las transacciones comerciales. Por ello, propugnamos su abolición y su reemplazo por un sistema que consagre el pago del interés corriente como remuneración extraconvencional de toda obligación de dinero, sin perjuicio de la libertad contrflctllal de pactar intereses convencionales con las limita
ciones que impong~ l~ lucha contra la usura. .
b) En la redacc'ión' del Código de Comercio no se entendió la diferencia conceptual que existe entre el interés legal y el corriente, y así se creó esa figura contradictoria del interés legal corriente. Desde cuando Carlos IX de Francia, en su edicto de 1572, estando prohibido el mutuo con interés, señaló el monto de las rentas, arbitrio utilizado para burlar la mencionada
prohibición, en el8 1/3 % (denier douze), la doctrina ha entendido, como es obvio, que este señalamiento legal se opone o tiende a restringir el juego corriente y variable de la remuneración de los capitales. En todo caso, y pese a la mencionada confusión conceptual, la consecuencia a que se llega es: que el Código de Comercio suprimió la anacrónica institución del interés legal propiamente dicho, sustituyéndola por la del interés corriente, certificado administrativamente por la Superintendencia Bancaria, en su modalidad de interés bancario corriente, conceptos estos que quedan asimilados.(art. 884).

c) Si el dinero es en sí mismo un bien de fácil inversión y susceptible de producir un rendimiento, consideramos que el Código de Comercio, en vez de seguir la tradición casuística al respecto, según la cual el interés corriente solo se autoriza en contadas operaciones, debió establecer dicha autorización para todas las obligaciones de dinero provenientes de los negocios mercantiles, salvo convención en contrario.

d) Nos extrañó sobremanera el hecho de que nuestro legislador ordinario, nuestro Congreso de la República, que expidió, mediante la ley 45 de 1990, normas de carácter tan general en materia de intereses, porque, en nuestro concepto, de ninguna manera puede interpretarse que estas normas, contenidas en el capítulo 1 del título III de la mencionada ley, sean de aplicación restrictiva a las operaciones de las entidades financieras, no haya aprovechado la oportunidad para enmendar el craso error de los redactores del Código de Comercio que nos rige desde 1972, al dictar la norma contentiva de los límites máximos o topes a la estipulación convencional de los intereses remuneratorios y moratorias, aclarando de una vez por todas, defi
nitivamente, cuales son dichos límites máximos o topes. '.
e) En consecuencia y desgraciadamente, conserva vigencia para los efectos de que venimos tratando el superpolémico art. 884 del Código de Comercio.
f) Así las cosas, nosotros consideramos que, pudiéndose interpretar el mencionado artículo 884 en tantos sentidos como los tiene hasta la saciedad averiguados la doctrina jurídico-mercantil, no vale la pena ni siquiera intentar extraerle un sentido que nos parezca lógico y que venga a sumarse a los otros muchísimos que, como dijimos, ya se le han encontrado. Aquí no nos
queda más remedio que remitimos a aquellas opiniones que por ser institucionales, como las de la Superintendencia Bancaria y de nuestra Corte Suprema de Justicia, gozan de cierto grado de estabilidad, gracias al poder que detentan quienes las han emitido y mantenido, constituyéndose así en tabla de salvaJ:ión dentro del maremagnum a que nos dejó abocados el Código de Comercio en la materia.
g) La doctrina de la Superintendencia Bancaria en este punto, que de ninguna manera tiene el carácter de obligatoria, pero

por la cual se rige este organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su función de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursbs captados del público, es la que trascribimos a continuación:

CIRCULAR O. J. 78 DE 1984

"La Superintendencia Bancaria teniendo en cuenta las dificultades que se han presentado por la existencia de variadas teorías en torno a cuáles serían las tasas máximas de interés a cobrarse en los negocios comerciales,
rocedió a realizar un nuevo estudio de las normas pertinentes con miras a
~stablecer cuáles son los límites que la Superintendencia Bancaria conside
rará como máximos para el cobro de intereses.
"El artículo 884 de nuestro Estatuto Comercial, como lo anota el artículo 883 ibídem, determina los intereses comerciales en el caso de mora, precepto que es desarrollado por el artículo inicialmente citado al limitar el monto de los intereses moratorias en todos los diferentes eventos en que pudiere haber lugar a estos y determinando para los remuneratorios, supletivamente el monto para cuando estos no fueren convenidos por las partes.
"Así las cosas, y teniendo en cuenta las claras diferencias existentes entre intereses remuneratorios y moratorias, encontramos que el límite máximo del interés remuneratorio convencional se fija por el artículo 2231 del Código Civil por remisión a él que hace el artículo 2Q del Código de Comercio

y el8Q de la ley 153 de 1887, en razón de no existir norma comercial expresa o consuetudinaria aplicable al caso.
"En efecto, dice el artículo 2Q del Código de Comercio:
""En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a
la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil". "Reza el artículo 8Q de la ley 153 de 1887:

""Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se
aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina cónstitucional y las reglas generales de derecho".

"Estas normas nos penriiten aplicar al límite máximo de interés remu
neratorio convencional en materia comercial, la regla que para tal efecto trae . el Código Civil en materia de mutuo:
j ""Artículo 2231. El interés convencional que exceda en una mitad al qu~ se ,probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención será
reducH:lo por el juez a dichq interés corriente silo solicitare el deudor".
I

, "Por otro lado, el límite aplicable a los intereses moratorias en negocios mercantiles se encuentra, como ya lo anotábamos, en el artículo 884 del Código de Comercio al decir:
""Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratoria, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses".

"Esta norma cumple función supletiva de la voluntad para los intereses remuneratorios, diciendo que cuando no se pacten será el corriente bancario, y para los aplicables a la mora en el cumplimiento de una obligación estatuye que en el caso de haberse pactado los intereses de plazo, los moratorias serán el doble de aquellos; y si no se pactaron ni los moratorias ni los remune ratorios, al ser estos últimos el bancario corriente (como se dispuso en la primera parte del artículo) los moratorias serán el doble de ellos.

"La segunda parte del artículo que nos ocupa consagró también un límite a los intereses moratorias con la sanción correspondiente a su desconocimiento en la siguiente forma: "... y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perdera todos los intereses". Estos montos que no pueden sobrepasarse, son los dos que determina el interés moratoria, cuando no se ha pactado, es decir, el doble del interés convencional del plazo y el doble del interés bancario corriente cuando no hubo convención en los remuneratorios; la norma habla de sobrepasar "cualquiera", lo cual quiere decir que con sobrepasar el menor ya se infringe la misma y el acreedor puede ser sancionado con la pérdida de todos los intereses moratorias, esto es, tanto el monto del exceso, como los que tuviere derecho por la omisión en que incurriera el deudor.

"Por manera que, aplicando el artículo 884 del Código de Comercio y el 2231 del Código Civil en lo no regulado por el anterior, podemos relacionar a continuación las diferentes hipótesis que pueden presentarse con la indicación de la solución aplicable a cada una de ellas.

"1. En silencio del interés convencional remuneratorio, este será el ban
cario corriente.

"2. El límite máximo estipulable del interés convencional remunerato

rio será el interés bancario corriente más la mitad de este.

"3. Si se pacta un interés para el plazo menor al bancario corriente y no
se estipula el moratoria; este será el doble del convencional remuneratorio.

"4. Si se estipula un interés para el plazo superior al bancario corriente sin que exceda en una mitad a este y no se dice nada sobre el moratoria, este
será el doble del bancario, corriente.
I

"5. Si no se convienen i~tereses para el plazo y se pactan moratorias,
estos no podrán exceder el doble del interés bancario corriente (en plazo será el bancario corriente).

"6. Si no se acuerdan intereses de plazo ni moratorias, los primeros serán el bancario corriente y los segundos el doble de ellos.

"7. Si se pacta interés remuneratorio menor al bancario corriente, el moratoria convencional no puede exceder el doble del estipulado para el plazo.

"8.Límites máximos: El moratoria no podrá exceder del doble del interés remuneratorio convencional ni del doble del interés bancario corriente; el remuneratorio no podrá exceder del interés bancario corriente más la mitad de este. En cuanto al límite máximo de intereses moratorias es preciso tener en cuenta que en el caso de que la tasa establecida para el interés de usura (C. P., art. 235) sea inferior, se tendrá esta última como nuevo límite en materia de intereses.

"Una vez precisados los límites, es oportuno poner de presente que
ellos corresponden a tasas reales efectivas ya que estas son las indicadas para

reflejar la verdadera rentabilidad obtenida de otra manera, para evadir el
control en el cobro de intereses bastaría con pactar tasas de interés que, si
bien nominalmente resultarían inferiores a las permitidas, mediante el sim
ple expediente de preever modalidades de pago anticipadas (cualquiera
diferente a anualidades vencidas), se estarían obteniendo tasas reales por encima de los límites legales, dejando en el plano meramente teórico las dis
posiciones legales que los establecen. .

"De otra parte, debe tenerse en cuenta que los intereses son los réditos de un capital, debiéndose entender incluido en ellos tanto lo que se cobra
por ceder el beneficio de hacer uso del dinero, como por asumir el riesgo que
ello representa y, en general, todas las cargas de tipo acceso-rio que se derivan
para el acreedor respectivo, con excepción de los impuestos directos que se
causen, como podrían ser los estudios de crédito y los costos de su contabilización, control y cobranza normal u ordinaria, resultando así remunera
da con tales réditos, y en su integridad, la operación financie-ra.

"En estos términos, para efectos del control que corresponde efectuar
a este despacho sobre lo dispuesto por el artículo 1168 del Código de Comercio, ineludiblemente tendrá que entenderse dentro del concepto de interés todas las sumas que se carguen o reciban directamente o por interpuesta persona, teniendo como causa la entrega de dinero, a título de depósito o de

mutuo, así se intente disfrazar tal remuneración o parte de ella bajo denominaciones, cualquiera que ellas sean, tales como las de "honorarios", "comisiones", "reembolso de gastos", etc. Tales conceptos se integrarán al de los intereses, propiamente así denominados, para luego deducir su equivalencia en términos reales o efectivos.

"Naturalmente, como. el citado artículo del Código de Comercio lo que prohíbe son "los pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente adm,tidos",la asimilación planteada solamente tendrá relevancia en casos en que, en su conjunto, pueda concluirse que están superándose los límites legalmente previstos.

"Por último, este despacho, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 47 de la ley 45 de 1923, por las razones de orden legal anotadas y por considerar imprudente el que las entidades sometidas a su inspección y vigilancia se expongan, al sobrepasar los montos o límites legales, bien a la reducción de los intereses y aun a la pérdida de todos ellos en el caso de mora, cuando normalmente deben haber sido contabilizados según los pactos correspondientes, califica como práctica no autorizada e insegura cualquier pacto que exceda un interés legal, incluyendo sistemas que produzcan el resultado prohibido previsto en el artículo 1168".

h) El poder judicial colombiano, por su parte, le da aplicación integral a los siguientes considerandos de la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 1981:

"Muchas son las hipótesis que ofrece esta norma (art. 884), que demandan interpretación; con todo, son varios los principios allí contenidos que, por ser de claridad meridiana, solo admiten una sola inteligencia. Entre estos están los siguientes:

"1. Cuando en la convención mercantil nada se estipula sobre intereses del plazo o simplemente se guarda silencio sobre su tasa, se deben intereses bancarios corrientes.
"2. Cuando se estipulan intereses del plazo no superiores a los bancarios corrientes y se guarda silencio sobre los moratorias, estos serán el doble de los convencionales.
"3. Cuando nada se conviene sobre intereses del plazo y, en cambio, se pactan moratorias que no excedan del doble del interés corriente bancario, entonces durante el plazo se deben intereses corrientes bancarios.
"4. En ningún caso el interés de la mora podrá ser superior al doble del interés bancario corriente o al doble del interés remuneratorio convencional. En una palabra, está prohibido el pacto de intereses moratorias que sobrepasen el doble del interés corriente. En efecto, si los intereses remuneratorios pactados exceden del int.erés corriente, los moratorias no pueden fuarse en el doble de aquellos, pues excederían el doble del interés corriente, y, en cambio, si son iguales o inferiores a este, entonces los moratorias serán el doble de los pactados.
"Otras situaciones, por el contrario, requieren del auxilio de los principios de la hermenéutica para desentrañar el vei"'dadero sentido y alcance de la ley en punto de intereses tanto de la mora como del plazo.
"Así, por ejemplo, ¿cómo determinar el máximo de la tasa de interés que puede pactarse durante el plazo? No lo ha dicho la ley expresamente, como quiera que solo estatuyó que "cuando en los negocios mercantiles
hayan de pagarse réditos de un capital, sin que¡se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente" (artf 8~4), y al tratar del mutuo comercial dispuso: "salvo pacto expreso en contrario, el mutuario debe pagar al mutuante los intereses legales comerciales" (art. 1163). Sin embargo, como

se desprende fácilmente del texto de las disposiciones citadas, que durante el plazo se deben los intereses que se hayan acordado y que solo a falta de pacto sobre estos, se causan los legales comerciales que equivalen a los bancarios corrientes, ¿podría sostenerse que no existe límite legal para pactar intereses remuneratorios? No, porque si expresamente la ley ha dicho que los intereses de mora, en ningún caso pueden exceder del doble de los intereses corrientes bancarios, sería absurdo que, por haber guardado la ley silencio sobre el punto, pudiera sostenerse que las partes tienen plena libertad para fuar la tasa de los intereses del plazo, es decir, que no existe un monto máximo legal o que no hay tope.

"Si los intereses moratorias, fuera de la retribución por el uso del dinero prestado y por los riesgos de pérdida, comportan indemnización de perjuicios, entonces los intereses del plazo, que necesariamente se causan antes de que el deudor esté en mora de cumplir su obligación, no pueden f~arse por encima del tope que la propia ley ha señalado a los moratorias. Como las normas legales no pueden interpretarse de tal maneraque su inteligencia conduzca al absurdo, se hace indispensable llegar a la conclusión de que, en el sistema del derecho mercantil colombiano, no es posible pactar como tasa de intereses convencionales del plazo, una que exceda del doble del interés corriente bancario. Pero como no existe expresa prohibición de hacerla, entonces los intereses remuneratorios que excedan de ese límite, deben ser [uados por el juez al doble del interés bancario corriente.

"Ahora bien, cuando para el caso de mora del deudor, se ha [uado un interés superior al doble del que las partes pactaron para el plazo o, cuando no habiendo señalado la tasa de intereses remuneratorios, se estipula expresamente por las partes una superior al doble del interés bancario corriente, ¿qué ocurre? Que por expresa disposición del artículo 884 del

Código de Comercio, el acreedor perdera todos los intereses "en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos". La sanción resulta acompasada con los principios especiales que regulan la cláusula penal mercantil, pues en el artículo 867 ibídem se establece que cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

.

"Sin embargo,. este tratamiento punitivo legal debe sufrir una excepción cuando se advierte que el acreedor no ha quebrantado ninguna norma legal y que la violación del principio comentado se produce a espaldas de aquel, sin su expreso querer, por una aplicación automática de la ley. Entonces es evidente que si, contrariando la ley, se estipulan intereses de mora por encima del doble de los pactados para el plazo, con ello se actúa en rebeldía delo dispuesto por el artículo 884 citado, y que tal repulsa se comete también cuando, a pesar de no haberse señalado intereses del plazo, se convienen moratorio~ mayores del doble del interés bancario corriente. En estos casos, por existir frar¡¡.ca transgresión de la norma que prohíbe estipular intereses de la mora por encima del doble apuntado, la drástica sanción de perderse todos los intereses moratorias debe aplicarse. Pero si resultare que el interés moratoria fuese superior al doble indicado, sin expreso señalamiento de los convencionistas, entonces no se debe fulminar esa sanción si aparece que el acreedor no quebrantó directa e intencionalmente el precepto prohibitivo. Tal sería el caso en que los contratantes hubieran pactado un interés del plazo superior al bancario corriente, lo que está permitido, y no hubieran estipulado el interés que debería pagarse durante la mora; en este evento aplicando los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, tendríamos que el interés de la mora sería el doble del interés convencional del plazo, que, enton-

ces, resultaría superior al duplo del interés corriente bancario; en tal hipótesis no se podría hacer perder al acreedor todos los intereses de la mora, sino simplemente las sumas que excedan al doble del interés bancario corriente, dando así lugar a reducción de intereses moratorios y no a su pérdida" (tomado de la obra Régimen Financiero y Cambiario, publicación de Legis Editores S. A.). (Sentencia ampliamente conocida).

i) Debe resaltarse la diferencia existente entre los dos conceptos oficiales que venimos de trascribir, en el punto relacionado con el límite máximo de los intereses remuneratorios que pueden pactarse por las partes en los negocios mercantiles, habida cuenta de que, al paso que la Superintendencia Bancaria opina que dicho límite, por no haber sido expresamente regulado por la legislación comercial, es el mismo civil (interés bancario corriente más la mitad), la Corte Suprema de Justicia, fundada en la que nos parece discutible interpretación de conjunto, autoriza el pacto de interés remuneratorio hasta el límite del doble del interés bancario corriente.

j) y terminamos estos comentarios con la siguiente referencia al límite a la estipulación convencional de intereses que comporta en nuestro medio la tipificación del delito de usura. Se trata del concepto 0]-206 de mayo de 1983 de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria, concepto que juzgamos es de importancia que sea conocido por el lector:

"Según el Diccionario de la Lengua. Española nominal significa: "Que tiene nombre de una cosa y le falta la realidad de ella en todo o en parte". Estos intereses hacen referencia a aquellos que expresamente pactan las partes en el contrato. Dependiente de si se cobran anticipadamente o vencidos pueden sobrepasar el interés nominal, dando lugar a una tasa efectiva, es decir el interés realmente cobrado.

"Respecto al interés efectivo, siguiendo también el Diccionario de la Lengua Española es un adjetivo que significa "real y verdadero en oposición a lo quimérico, dudoso o nomina!". Resulta de confrontar matemáticamente el precio del dinero con el dinero realmente recibido.
"Respecto al delito de usura el Código Penal en el artículo 235 expresa: "El que reciba o cobre, directa o indirectamente, -de una o varias perso
nas, en el término de un (1) año, a cambio de préstamos de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos".
"Mediante el decreto 141 de 1980, el delito de usura cambió de ubicación pues se trasladó del título de los delitos contra la propiedad, al de las infracciones contra el orden económico. Así pues, el delito económico es la infracción jurídica que lesionando intereses individuales como la propiedad
privada, el derecho de crédito, etc., afecta gravemente el orden económico; estos delitos producen efectos nocivos por el número de personas afectadas y porque estas suelen pertenecer a clases modestas.
"Desde el punto de vista jurídico se entiende por usura todo negoci
eI1 el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiellci~
o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva con relación a la que entrega o promete.

"En este orden de ideas, la usura crediticia aparece en el otorgamiento de préstamos con un lucro desmedido; puede ser simple o encubierta; según el prestamista actúe abiertamente o disimule la ganancia excesiva.

"Como quedó dicho en el concepto 0]-85 de este año, el ilícito de la usura contiene un elemento normativo al referirse a la certificación de la Superintendencia Bancaria, sobre el interés que están cobrando los estahlecimientas bancarios por los créditos ordinarios de libre asignación, el alcance de tal ingrediente normativo es precisado por esta entidad a través de la resolución núm. 1768 de 1981, en ella certificó:

""Art. 1 Q. Certificar para los efectos del artículo 235 del Código Penal, que el interés que están cobrando los bancos desde el mes de febrero de 1981 por los créditos ordinarios de libre asignación es del 32% anual".

""Art. 2Q. Que la tasa de interés a que se refiere el artículo anterior, incluye toda utilidad o ventaja recibida directa o indirectamente por los bancos en relación con los créditos ordinarios de libre asignación, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación".

"En esa oportunidad llegamos a la siguiente conclusión: Es necesario que el sujeto activo, cobre un interés que exceda en la mitad del 32%, o sea, un interés sup~rior al 48% anual, para que incurra en la infracción.

"Ahora bien, es necesario establecer si la disposición del Código Penal se refiere al interés nominal o al efectivo. Consideramos que para dar aplicación a esta norma penal el legislador se refirió al interés efectivo y no al simplemente nominal. Esta afirmación la hacemos con base en las siguientes consideraciones:

"a) Al legislador no se le escapó la posibilidad de que los prestatarios trataron de ocultar, disimular, y en fin, simular el interés que estabal1 cobrando efectivamente y, para dar una

protección a las personas que por una u otra razón deben recurrir a la solicitud de créditos, estableció expresamente -cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla- es decir, que siempre que el interés exceda del 48% anual, se encuentra tipificada la conducta, y por consiguiente se ha cometido el delito de usura, sin necesidad de calificación de la conducta;

"b) De otra parte, las normas se hacen no con el objeto de que simplemente se queden escritas, sino para que tengan plena aplicabilidad y vida, lo que en términos sencillos equivale a decir, que no se puede presumir que el legislador dicta normas para la teoría y no para la práctica;

"c) Resultaría absurdo que en este caso se tratase de interés nominal, toda vez que bastaría simplemente pactar dentro del contrato una tasa cualquiera que esté dentro de los límites legales, que,seguramente va a ser diferente a la cantidad de dinero efectivamente entregada y recibida por COncepto de intereses;

"d) Cuando las partes pactan una tasa de interés nominal, y por la forma como esta se pactó, resulta que esa tasa es mucho mayor, se está frente a Un contrato simulado que si excede del 48% da lugar a acción penal, trasladándose el problema al derecho probatorio. La persona perjudicada y en quien radica la acción penal deberá demostrar al juez penal que el interés que ha estado pagando a su acreedor es superior al 48%; esto máximo resulta indispensable para que el juez establezca si la conducta encaja dentro del tipo legal determinado, de lo contrario, no se sabría nunca con certeza si existe o no la comisión del delito, y este quedaría impune;

"e) El legislador conocedor de que el interés corriente es muchas veces, por no decir, siempre, superado a través del pago anticipado de los mismos, ha establecido diferencia entre el interés bancario corriente, f~ado en el 18% anual,

para dar aplicación al artículo 884 del Código de Comercio, cuya inobservancia daría lugar a la pérdida de los intereses, y el interés que están cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación para efectos del artículo 235 del Código Penal, f~ado en un 32% anual. El interés bancario corriente es conocimiento de los jueces civiles y de la Superintendencia Bancaria que puede sancionar a las entidades vigiladas cuando excedan en el cobro del 36% por concepto de intereses; con esta norma se busca un equilibrio en las relaciones comerciales, por esto el juez o la Superintendencia puede interpretar la norma en el sentido de que el legislador se refiere al interés nominal, con el fin de agilizar su labor y dejar un margen entre el 36% Y el 48%, pero cuando el interés exceda del 48% la norma es clara: se comete el delito de usura, esta es una norma de orden público, que busca la sanción de aquellas conductas que a juicio del legislador comprometen las .condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad; no corresponde pues, a la Superintendencia Bancaria interpretar el artículo 23p del Código Penal, en el sentido de referirse este al interés nominal crean ¡:lo una impunidad frecuente que conlleva al hábito de burlar la ley, crearido!una actitud valorativa de benevolencia", (Tomado de la obra Régimen Financiero y Cambiario de Legis Editores S.A.).

La Resolución vigente de la Superintendencia Bancaria es esta:

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

RESOLUCIÓN 780 DE 1994

por la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios por los créditos ordinarios de libre asignación.

El superintendente bancario,
en uso de sus atribuciones legales y en especial de las que le confiere el artículo 235 del Código Penal, en concordancia con el subnumeral 34 del numeral 3 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y

CONSIDERANDO:
Primero. Que el artículo 1Q del decreto nímero 141 de 1980 estableció que el artículo 235 del Código Penal quedará así:
"Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas, en el término de un (1) año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultada o disimulada, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y en multa de mil a cincuenta mil pesos.
"El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de ocho (8) meses a cuatro (4) años y en multa de mil a cincuenta mil pesos";
Segundo. 'Que corresponde al superintendente bancario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 del Código Penal, certificar el interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación;

Tercero. Que por tasa de interés efectiva debe entenderse aquella que aplicada con periodicidad diferente a un año, de acuerdo con las fórmulas de interés compuesto, produce exactamente el mismo resultado que la tasa anual;
Cuarto. Que para que el interés jurídico protegido por el artículo 235 del Código Penal se ampare debidamente, este despacho considera que la tasa que debe certificar debe ser la efectiva anual, ya que ella refleja el común denominador para toda tasa aplicada con periodicidad diferente a un año y muestra, de acuerdo con las fórmulas de interés compuesto, la rentabilidad del dinero, y Quinto. Que de los estudios adelantados por esta entidad, así como de los informes presentados para el efecto por los establecimientos bancarios, se ha determinado que la tasa de interés que cobraron los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación en promedio durante los meses de enero y febrero de 1994 fue del 38.12% efectivo anual, equivalente al 31.02% anual nominal pagadero por trimestre anticipado,

RESUELVE:

Art. 1° Certificar para los efectos del artículo 235 del Código Penal que el interés que cobraron los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, en promedio durante los meses de enero y febrero de] 994, fue del 38.12% efectivo anual.

Art 2°. La presente resolución rige a partir del 1° de mayo de 1994 y deroga las disposiciones que le sean conrrarias.

Publíquese y cúmplase.
Dada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los 29 días. del mes de abril de 1994.

PARTE CUARTA

LOS EFECTOS GENERALES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

INTRODUCCIÓN

365. EL MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL. Repetidamente hemos notado que el Código Civil colombiano, a imitación de su modelo francés, no cuenta con un tratado general del acto jurídico. No es, pues, de extrañar que en dicha obra falte también una reunión ordenada y sistemática de las normas disciplinarias de los efectos de los actos jurídicos, sino que estas se hallen dispersas a tOdo lo largo del Código y, lo que es más, expresadas a manera de aplicaciones particulares a una sola categoría o especie de tales actos: a los contratos que, sin duda alguna, son la fuente más importante de las obligaciones, pero no tanto como para erigirlos en el soporte principal de la vida social y del comercio jurídico, según lo hicieran los juristas de los siglosXVIlIy XIX. Estos.
errores de método, a la vez que de doctrina, se observan a primera vista en el título 12, libro IV de nuestro Código Civil!, en el cual se entremezclan algunas reglas sobre los efectos de las obligaciones, con otras que son propias de los

efectos de los contratos, siendo de advertir que estas últimas son aplicables, en general, a los actos jurídicos.

366. RECTIFICACIÓN DEL MÉTODO LEGAL. La comentada falta de método de nuestro Código Civil impone la necesidad de recordar aquí la distinción entre los actos jurídicos en genera!, los contratos y las obligaciones distinción que permitirá comprender fácilmente que los efectos, vale decir, el régimen
jurídico de estas tres instituciones, no puede ser el mismo. Los primeros, es decir, los actos jurídicos, son manifestaciones externas unipersonales, bilaterales o plurilaterales de voluntad, que se encaminan unas veces a la creación de relaciones y situaci;ones jurídicas, como sucede en el testamento y en el contrato; otras veces, a la modificación de relaciones y situaciones preexistentes, como ocurre en la novación y en la prórroga de las obligaciones; y, otras veces, en fin, a la extinción de tales relaciones y situaciones, como lo hace el pago al solucionar los vínculos obligatorios. Los contratos son actos
jurídicos llamados, por definición, a crear obligaciones, como las propias del vendedor y el comprador, las de los permutantes, las de los socios, etc. Por último, las obligaciones son vínculos jurídicos, en virtud de los cuales una o más personas deben realizar prestaciones (dar, hacer o no hacer) en prove:ho de otra u otras. Pero esta relación obligatoria tiene también un régimen
Jurídico propio e independiente del de los actos jurídicos en general y del de los contratos en particular, lo que se explica suficientemente por cuanto dicha relación puede nacer de fuentes distintas de las últimamente mencionadas, v. gr., del hecho ilícito o del enriquecimiento sin causa. Luego, confundir los efectos de las obligaciones con los efectos de los

contratos, por ser estos una fuente de aquellas, como lo hace nuestra legislación, no es menos in jurídico que confundirlos con los efectos del hecho ilícito, por ejemplo, que también es fuente de obligaciones2.

367. Los EFECTOS GENERALES Y LOS EFECTOS ESPECÍFICOS DE LOS ACTOS JURÍDI
COS. De otro lado, importa distinguir entre los efectos generales de los actos
jurídicos, que constituyen el tema que en esta parte se trata de exponer, y los efectos específicos de cada acto en particular que informan su contenido u objeto específico y al que ya nos hemos referido ampliamente3.

Hemos visto que quienes otorgan o celebran un determinado acto jurí-. dico, por lo común, solo atienden a los efectos principales que este está llama-
do a generar según su especie, pero que no se detienen en la consideración de los efectos accesorios o secundarios de aquel, bien sea porque los ignoran,
o bien porque dan por sabido que estos habrán de producirse por ministerio.
de la ley y sin necesidad de expresa estipulación al respecto, comoquiera que dicha ley no se contenta con sancionar los efectos que las partes contemplan dentro del ámbito de su autonomía, sino que también acude a completar y desarrollar la voluntad declarada, llenando los vacíos de que esta adolezca. Así, por ejemplo, en la compraventa, acordadas las partes en cuanto a sus obligaciones recíprocas de hacer tradición de la cosa vendida y de pagar el precio (elementos esenciales), la ley reconoce el contrato así celebrado y, por vía
supletiva o, excepcionalmente, por vía imperativa, determina los efectos de.
dicho contrato según su especie (elementos naturales), v. gr., la obligación del vendedor de sanear la venta por evición o

por vicios redhibitorios de la cosa, la resolución por incumplimiento, etc. Agrégase a lo dicho que las partes también pueden modificar o descartar estos elementos naturales, en cuanto no estén impuestos de modo imperativo, mediante estipulaciones al respecto (elementos accidentales), como la de que el vendedor no saneará la venta o la renuncia de la acción resolutoria.

Ahora bien, aquí no se trata ya de volver sobre esos elementos esenciales, naturales y accidentales que integran el contenido u objeto específico de cada acto jurídico en particular, sino de los efectos generales que la ley les atribuye a todos ellos, tales como su obligatoriedad o vigor normativo para las partes, la buena fe y la diligencia que estas deben prestar en su ejecución, su relatividad frente a quienes no hayan participado directamente o por procuración en el otorgamiento de los actos, etc.

Seguidamente estudiaremos estos efectos generales de los actos jurídicos respecto de las partes, respecto de los terceros y la representación.

SECCIÓN 1

LOS EFECTOS GENERALES DE LOS ACTOS JURÍDICOS RESPECTO DE LAS PARTES

368. RELACIÓN. La eficacia general de los actos jurídicos respecto de las partes está determinada por las proyecciones de ciertos postulados que presiden el desarrollo y la ejecución de dichos actos, a saber: el postulado de la normatividad de los actos jurídicos que precisa su vigor obligatorio, el postu-

lado de la buena fe y el de la diligencia que atañen a la ejecución de ellos. Importa también, a propósito de la eficacia general de los actos jurídicos respecto de las partes, averiguar la incidencia que en dicha eficacia alcanza la institución de la representación.

CAPÍTULO I
LA NORMATIVIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

369. CONCEPTO. El vigor normativo que el legislador atribuye a los actos jurídicos de los particulares es corolario lógico de la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, ya que este equivale a una delegación en la voluntad privada de la potestad ordenadora que, en principio, corresponde exclusivamente a la ley. En virtud de tal delegación, las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, entre ellos de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestacidnes que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador.

Sin embargo, hay que distinguir a este respecto entre los contratos y convenciones en general, por una parte, y los actos jurídicos unilaterales o unipersonales, por la otra, pues al paso que en los primeros el postulado de la flormatividad u obligatoriedad domina con excepciones muy contadas, en los segundos recibe aplicación restringida.

l. La normatividad de los contratos y de las convenciones

370. EL PRINCIPIO. El art. 1602 del Código Civil adopta la célebre fórmu
I ,
la de DOMAT que expone con singul~r t1nergía y propiedad el poder obligatorio de las convenciones y contratos: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratan-

tes", y agrega "y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Y es que realmente los actos
jurídicos están llamados a cumplir la función ordenadora propia de la ley, en virtud de la fuerza normativa que de ella reciben. Pero debe tenerse presente que la enunciada fórmula no es aplicable exclusivamente a los contratos, como parece insinuarlo su tenor literal, sino que lo es también a todas las convenciones y aun a ciertos actos unipersonales. La redacción legal de aquella solamente se explica porque los contratos son la fuente más importante y frecuente de las obligaciones, y es en ellos, por tanto, donde más claro y patente se manifiesta el postulado de la normatividad de los actos jurídicos. Pero basta recordar cualquier ejemplo de una convención modificatoria o extintiva de relaciones jurídicas para comprobar que dicha convención también puede ser calificada con toda propiedad de "ley para las partes". Así,

cuando el mutuante y el mutuario pactan una prórroga del plazo inicialmenre señalado para el pago, dicha prórroga es una convención que modifica con fuerza obligatoria la relación jurídica anteriormente creada por el COntrato de mutuo. Otro ejemplo: si el pago, que es una típica convención extintiva de las obligaciones, se realiza antes del vencimiento del plazo estipulado, la respectiva deuda desaparece y ya no puede ser revivida por la sola voluntad del acreedor o del deudor, lo que también demuestra que las convenciones ex:rintivas están dotadas de fuerza normativa. Y lo propio sucede en relación con los actos jurídicos unipersonales, como la agencia oficiosa o la oferta, cuando la ley les confiere poder obligatorio, según tendremos oportunidad de verlo adelante.

371. LAs RELACIONES ENTRE LA LEY Y LAS CONVENCIONES. Conforme a lo anteriormente dicho, la fórmula lapidaria del art. 1602 del Código Civil traduce con singular energía la imperatividad de las convenciones, como también su carácter de verdaderas normas jurídicas. Sin embargo, tal fórmula no debe ser tomada al pie de la letra para establecer la total asimilación entre la ley y las convenciones, porque si bien es cierto que una y otras pertenecen al mismo género de las normas jurídicas, no es menos cierto que entre ellas existen diferencias específicas que las apartan y permiten distinguirlas claramente entre sí, a saber:

372. a)LAscoNVENCIONES ESTÁN SUBORDINADAS A LA LEY. La voluntadhumana es un hecho natural desprovisto en sí mismo de fuerza normativa. Su obligatoriedad y, más aún, toda su eficacia jurídica, únicamente se explican y justifican por la delegación en ella de los poderes propios de la ley. Por consiguiente, toda convención y, en general, todo acto jurídico están subordinados a la ley que autoriza su celebración y que los hace jurídicamente eficaces dentro de ciertos límites. 5=°n otras palabras: las manifestaciones de la voluntad privada son normas jurídicas de grado inferior al de la ley.

De lo dicho se desprende yna' consecuencia importantísima, a saber: en caso de oposición entre una le~ iTl!Perativa y un acto jurídico cualquiera, v. gr., un contrato, predomina la primera y el segundo es ineficaz. Tal es lo que reza el arto 16 del Código Civil, conforme al cual "no podrán derogarse por convenios particulares la leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". No sucede lo propio en cuanto a una ley suPletiva o interpretativa, vale decir, destinada a suplir los vacíos o a eliminar la oscuridad que se pueden presentar en las manifestaciones de la voluntad privada, ni tampoco respecto de una ley permisiva, es decir,

de aquellas que, como su nombre lo indica, solo pretenden conferir a los particulares una
autorización o facultad potestativa, porque estas especies de normas legales no son obligatorias y pueden, por consiguiente, ser derogadas o modificadas por los actos jurídicos.

373. b) LA GENERALIDAD DE LA LEY Y LA PARTICULARIDAD DE LAS CONVENCIONES. En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, los particulares pueden arreglar algunas de sus proPias relaciones, pero no están facultados para hacer otro tanto con las relaciones ajenas, es decir, con las relaciones de los terceros, porque, de no ser así, esto último implicaría la negación misma de la autonomía de las personas que no intervienen en los respectivos actos jurídicos, autonomía que solamente puede ser restringida por el legislador o por ellas mismas. En esto consiste el postulado de la relatividad de los actos jurídicos, que les imprime un carácter de ley particular (lex particularis). Por el contrario, sin que la generalidad sea nota esencial de la ley, como pretenden algunos, sí es lo ordinario que ella se dirija a todas las personas que puedan ocupar la situación de hecho prevista como hipótesis para su aplicación. Con otras palabras: los sujetos de un acto jurídico son determinados o determinables en cualquier momento, a diferencia de los sujetos de la ley, que son, en principio, todos los súbditos del mismo Estado, a menos que esta última sea expedida para personas determinadas, es decir, "con nombres propios".

374. c) LA PRUEBA JUDICIAL. La leyes la expresión de la voluntad soberana del Estado y, por tanto, es lógico que se presuma conocida de todos sus funcionarios encargados de aplicarla. Por el contrario, los actos jurídicos son manifestaciones de la voluntad de los particulares, respecto de las cuales ya no se justifica aquella presunción. Además, los

efectos de los actos privados dependen principalmente de las estipulaciones libremente acordadas por las partes; por tanto, la aplicación de estos por los jueces presupone indispensablemente que tales estipulaciones sean plenamente acreditadas por quien tenga interés en hacerlas valer.
Fuera de las relaciones y diferencias entre la ley y los actos jurídicos hasta aquí enumeradas, algunos expositores del derecho civil suelen citar otras que, en nuestro sentir o son inexactas o carecen de importancia, por lo cual nos abstenemos de reproducirlas J .
375. Los EFECTOS DE L<\ NORMATIVIDAD DE LAS CONVENCIONES. El art. 1602 del Código Civil, a vuelta de expresar que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes", deduce la primera consecuencia lógica que de este postulado se desprende, a saber: un contrato no puede ser destruido sino por un nuevo acuerdo unánime de las partes, es decir, por su mutuo disentimiento (mutuum dissensus), o por causas legales. De suerte que, por principio, una de las partes no pu ede dejar sin efecto la convención que ha contribuido a formar, porque su sola voluntad es insuficiente para ello. .

Pero esta regla general no es absoluta, sino que admite dos excepciones, cuales son:

a) En consideración a la naturaleza especial de ciertas convenciones o contratos, como el mandato (arts. 2189 y ss.), la sociedad (arts. 2134 y ss.), 1 arrendamiento de' servicios (arts. 2047 y ss. 2066 y ss.), la confección de
e bra material (art. 2056), ete., para cuyo normal desarrollo son indispensa
~les la inteligencia y la confianza entre las partes, la ley concede a cada una
de estas el derecho potestativo de terminar, por su sola voluntad, dichas convenciones; y

b) Lo propio sucede cuando una de las partes o todas ellas se han reservado el derecho potestativo últimamente mencionado, como cuando en el contrato de arrendamiento de cosas se estipula que el arrendador, o el arrendatario, o ambos, podrán hacerla cesar antes del plazo señalado para su vencimiento; la estipulación de arras también implica, por regla general, el derecho de las partes para retractarse del respectivo contrato, perdiendo el valor de aquellas.

Pero, fuera de las dos precitadas excepciones, rige de manera general el postulado de la obligatoriedad o normatividad de las convenciones, conforme al cual estas no pueden ser "invalidadas", es decir, declaradas ineficaces, sino por el mutuo disentimiento de las partes o por causas legales. Más aún, en ciertos casos dicho postulado alcanza fuerza tan grande que, entonces, ni siquiera el disentimiento unánime de las partes es capaz de destruir la eficacia de las convenciones respectivas después que estas se han perfeccionado. Ordinariamente ocurre lo dicho en materia del estado civil, cuando el legislador autoriza su establecimiento o su determinación por actos de la voluntad de los particulares, como en el contrato matrimonial, en el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, en la legitimación de estos, etc. y hasta puede darse el caso de que una convención de contenido meramente patrimonial, como las capitulaciones matrimoniales, escape por entero al poder que ordinariamente tiene la voluntad de las partes sobre ella. En tales hipótesis, el orden social esta comprometido en la estabilidad de las situaciones jurídicas creadas por la voluntad privada y ya no se permite a los interesados anularlas o modificarlas.

376. LAS CAUSAS LEGALES DE QUE TRATA EL ART. 1602. También conviene explicar aquí el alcance que tiene la expresión por causas legales, empleada por el citado art. 1602 del Código Civil, para indicar el otro medio que, al igual que

el unánime disenso de las partes, puede destruir la obligatoriedad de las convenciones. En primer lugar, es indiscutible que dicha expresión no se refiere a la falta de las condiciones o requisitos exigidos por la ley para la existencia y la validez de los actos jurídicos, como la capacidad y el consentimiento sano de los agentes, la causa y el objeto lícitos, etc., porque el mencionado texto parte expresamente del supuesto de que aquellos han sido legalmente celebrados, vale decir, con observancia de todas las formalida des y requisitos prescritos por la ley. Por consiguiente, tal expresión alude, en realidad, a los motivos legales que pueden producir la ineficacia de los actos jurídicos perfectos y válidos, después de su formación. Así, los contratos bilaterales y ciertos contratos unilaterales pueden ser resueltos o terminadas por el incumplimiento de una de las partes o de la única parte obligada, respectivamente. De esta suerte, el incumplimiento de un contrato llega a constituir causa legal de su ineficacia normativa, que es lo que el art. 1602 quiere significar al hablar impropiamente de la invalidación de los contratos2.

377. LA FUERZA NORMATIVA DE LAS CONVENCIONES VINClJLA A LOS JUECES. Se ha dicho que "la leyes el dogma del juzgador" para declarar que este tiene la obligación de aplicarla siempre, por inicua y absurda que le parezca, y que.
la alta misión confiada a él "no es juzgar la ley, sino juzgar según la ley". De la propia manera, en presencia de una convención legalment.e celebrada, el
juzgador debe respetarla y aplicarla como si se tratara de la misma ley, y no le es permitido desconocerla o sustituirla por su propio criterio, porque es en las partes, y no en él, en

quienes el legislador ha delegado su potestad normativa, permitiéndoles determinar la naturaleza, extensión y modali
dades de ciertas relaciones jurídicas. Luego, si un juez se aparta de esta regla
de conducta y deja de aplicar una convención legalmente celebrada, viola el
postulado de la normatividad de los actos jurídicos expresamente consagra
do por el Código Civil.

No constituye excepción a lo anteriormente dicho la facultad que la ley, inspirada en motivos de equidad, confiere a los jueces para rescindir o para reajustar ciertos actos lesivos, porque esta facultad se funda, entonces, en el previo establecimiento legal de la lesión como un vicio de tales actos, lo que significa que las referidas sanciones judiciales apenas constituyen manifes
taciones pormales del poder que tienen los jueces para decidir si los actos jurídicos han sido o no legalmente celebrados3.

En el mismo orden de ideas, los jueces también tienen facultad para interpretar los actos jurídicos, desentrañando su verdadero sentido, según la voluntad real de las partes y según las expresiones empleadas, las circunstancias que han rodeado su celebración, ete., porque la aplicación de cuales quiera normas generales d particulares presupone su inteligencia por quien
debe hacerla.

En nuestro sistema procesal esta asegurada la vinculación del juzgador por la fuerza normativa de las convenciones, mediante la concesión a los interesados del recurso extraordinario de casación contra ciertas sentencias judiciales, cuando en estas se han dejado de aplicar convenciones a consecuencia de un error de derecho por violación de una norma probato-

ria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas respectivas,
en el evento de que por cualquiera de estas dos clases de errores se haya do lado por la sentencia una norma de derecho sustancial (C. de P. C., arto 368, 1 Q). Pero, como ya lo sabemos, si el sentenciador no desconoce ni la existencia ni el poder normativo de una convención, sino que la interpretación que le da es distinta de la que pretenden las partes, entonces su fallo no es acusable en casación4.

378. LA FUERZA NORMATIVA DE LAS CONVENCIONES SE IMPONE, EN CIERTA MEDIDA, AL PROPIO LEGISLADOR. Consagrados los postulados de la autonomía de la voluntad privada y de la normatividad de los actos jurídicos en un sistema
jurídico positivo, la seguridad del comercio y el orden público exigen imperiosamente el respeto de tales actos, aun por el mismo legislador. Peligroso sería para el orden social que este olvidara que los particulares, al celebrar sus actos jurídicos, obran como delegados suyos y en la confianza de que él habrá de respetar lo que ha autorizado y prometido hacer valer como si fuera su propia ley. De ahí que, aun prescindiendo de la norma constitucional que garantiza la inviolabilidad de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, como una de las prerrogativas más importantes del individuo frente
al Estado (art. 58), debamos interpretar el arto 1602 del Código Civil en el.
sentido de que la ley de las convenciones no solamente se impone a las personas que han intervenido en su celebración y a los jueces, sino también al mismo legisla.dor. Así, las convenciones no podrán ser "invalidadas" o, más exactamente, privadas de su eficacia, sino por la voluntad unánime de las partes o por causas legales, entendidas estas últimas,

según ya lo sabemos, como los motivos establecidos al tiempo de la celebración de los actos
jurídicos, pero no como las modificaciones introducidas por una legislación posterior a tal momento (ley 153 de 1887, arto 38).
Sin embargo, nuestra Constitución Política consagra una excepción, muy importante a la regla enunciada aquí, al permitir que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles por las personas naturales o jurídicas puedan ser desconocidos o vulnerados por el legis1ador "por motivos de utilidad pública o interés social" (art. 58). Con esta extep,ción se abre la puerta a la retroactividad de las leyes y a la consiguiente posibilidad de que con eUas se lleguen a desconocer o a modificar los efectos de los actos jurídicos celebrados bajo el imperio de una legislación anterior, como ya ha sucedido, especialmente en épocas de crisis económicas, durante las cuales se han de cretado plazos de gracia para los deudores, reducciones de las obligaciones y de sus intereses, ete.

Claro está que la referida excepción constitucional al principio de la inviolabilidad de las convenciones y de los actos jurídicos en general se justifica racionalmente por la natural subordinación de los derechos privados al interés público. Pero no es menos cierto que se presenta gran dificultad cuando se trata de resolver en cada caso concreto hasta qué punto este último interés impone la necesidad de desconocer, suspender o restringir los derechos adquiridos por los particulares, por lo cual, el USO, para no hablar del abuso, de esta facultad constitucional reconocida al legislador, siempre resulta peligroso y siempre será mirado con recelo por los juristas.

II. La normatividad de los actos uniPersonales

379. EL DEBATE DOCTRINARIO. Al exponer la clasificación de los actos

jurídicos en unipersonales y convenciones, hemos afirmado la normatividad u obligatoriedad de los primeros, a lo menos en ciertos casos. Pero dicha tesis no ha sido compartida uniformemente por los civilistas y, por tanto, es conveniente insistir en el registro crítico del movimiento doctrinal en torno a la mencionada cuestión.

380. lA TEORÍA CLÁSICA FRANCESA. La doctrina tradicional francesa no admite que un acto jurídico unipersonal o unilateral pueda constituir fuente de obligaciones, porque esto equivaldría, en el sentir de aquella, o bien a suponer que dicho acto pudiera imponer tales obligaciones a una persona que no ha prestado su conseÚtimiento en él, o bien a suponer que, obligándose el agente, otra persona distinta tuviera que adquirir, por la sola voluntad de este, el derecho crediticio correlativo, soluciones ambas que pugnarían con el postulado de la relatividad de los actos jurídicos, conforme al cual dichos actos solo pueden aprovechar o perjudicar a las personas que, directamente o por pro curación, han intervenido y consentido en ellos. Para negar la obligatoriedad de la oferta, decía POTHIER poco más o menos 10 siguiente: de la propia manera que yo no puedo trasferir a otra persona un derecho real mío sin contar con su consentimiento, tampoco puedo, mediante mi promesa unilateral, conferirle un derecho crediticio mientras esta promesa no haya sido aceptada por ella. Y esta es precisamente la mi~ma idea de que todavía se sirven algunos expositores modernos para negar, en general, la obligatoriedad de todo acto jurídico unipersonal, como! lo pemuestran las siguientes palabras de PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: "Se dice que la voluntad individual es soberana sobre aquel que la emite y que, por consiguiente, el compromiso adquirido por una persona, bajo la forma de una declaración

de voluntad de su parte, debe poseer la eficacia jurídica de la obligación.
Pero inmediatamente tenemos que reconocer que mientras esta voluntad unilateral no haya encontrado una segunda que venga a unirse a ella, el vínculo obligatorio no se puede formar. Confesamos que est(i exigencia jamás podrá ser suprimida, porque la voluntad individual, soberana sobre sí misma, "no tiene efectos respecto de terceros", y porque "nadie se convierte en acreedor sin su voluntad". No queda, pues, otra fuente posible de las obligaciones voluntarias que el entendimiento entre el acreedor y el deudor, es decir, el contrato"5.

381. LA TEORÍA MODERNA. La tesis anteriormente expuesta no es, en \'erdad, la que cuenta hoy con el favor de la mayoría de los civilistas y legisladores, quienes se inclinan decididamente hacia el postulado de la obligatoriedad de los actos jurídicos unipersonales o unilaterales, reconociéndole cada día mayor amplitud. La oferta, la promesa de recompensa, la fundación de instituciones de beneficencia, la agencia oficiosa, la aceptación de las asignaciones sucesorales, las estipulaciones para otro, como el seguro y la libranza de títlilos negociables a la orden o al portador, y muchas otras institUciones importantísimas están demostrando a las claras que la doctrina y las legislaciones más recientes han puesto fuera de duda la obligatoriedad de las manifestaciones unilaterales de voluntad, a lo menos en ciertos casos!;.
Es verdad que tales manifestaciones nunca podrán pretender lugar tan destacado como el que ocupan los contratos en la producción de las obligaciones, porque estos últimos, a no dudarlo, representan el medio ideal para la regulación de las relaciones privadas, cuando no es el propio legislador quien provee a ella. En todo contrato, cada una de las partes puede

medir las necesidades que desea satisfacer y los sacrificios que se le exigen en cambio, y así puede estipular libremente los derechos y las obligaciones que aquel está llamado a producir. No es este el caso de los actos unipersonales, en los cuales la sola voluntad de una persona pretende afectar la situación jurídica de otra u otras. Cabalmente por esta última razón, los legisladores no han admitido, salvas excepciones, la normatividad de los actos unilaterales encaminados a imponer obligaciones a quienes no han consentido en ellos. Pero nada se opone a que el agente, gravándose a sí mismo con una limitación o sacrificio de sus facultades normales, mejore la condición de otras personas, otorgándoles derechos que antes no tenían, y sin perjuicio de que estas personas queden en libertad de aceptarlos o de rechazarlos posteriormente según sus deseos y conveniencia. Por el contrario, la creciente complicación de la vida social y el desarrollo del comercio requieren, a lo menos en ciertos casos, que la ley otorgue fuerza normativa u obligatoria a las promesas unilaterales, especialmente cuando estas no pueden ser aceptadas de inmediato pór sus beneficiarios, como sucede, por ejemplo, en punto de la agencia oficiosa, en la cual el gestor se impone algunas de las obligaciones de los mandatarios con el objeto de defender los intereses del dueño del negocio cuando este no puede hacerla por sí mismo; o como sucede en el caso del seguro, en virtud del cual el asegurador asume los riesgos del daño que el siniestro puede producir a terceros, v. gr., a los parientes del tomador o al destinatario del cargamento trasportado de un lugar a otro; o como sucede con los efectos de comercio o títulos-valores, poderosos auxiliares del crédito, que permiten que cualquier tenedor de ellos, presente o futuro, pueda considerar, como deudores suyos a quienes han intervenido en las negociaciones anteriores. Tal es lo que sucede en los muchos casos en que se ha reconocido la obli-

gatoriedad de las promesas unilaterales, es decir, de los actos jurídicos en que una sola persona se impone obligaciones en favor de otra u otras, lo que significa que la teoría clásica francesa al respecto, al negar dicha obligatoriedad, se opone a la satisfacción de muchas y apremiantes necesidades de la vida social y del comercio.

Esta teoría contraría así el interés general, porque para ella es más importante dejar a salvo los dictados de la filosofía individualista en que se inspira, conforme a los cuales "la voluntad individual, soberana sobre sí misma, no puede pretender efectos respecto de terceros", y también conforme a los cuales "nadie se convierte en acreedor sin su voluntad". Esta filosofía política se funda en el error, por cierto muy frecuente en los últimos siglos, de atribuir a la voluntad privada un papel bien distinto del que realmente le corresponde en la producción de los efectos jurídicos. Repetimos una vez más que dicha voluntad es un hecho natural que nunca puede ser considerado en sí mismo como una fuente autónoma de derechos u obligaciones, pues su función única en el campo jurídico se reduce a poner en movimiento las normas y las instituciones que reconocen tales derechos y que imponen tales obligaciones. En este plano de estricta lógica jurídica, el contrato y el acto unipersonal ocupan el mismo lugar; la ley reconoce eficacia jurídica al primero, porque es necesario permitir a los particulares el arreglo de sus relaciones recíprocas mediante la celebración de convenios; pero esto no se opone a que la ley misma también reconozca eficacia jurídica al segundo, si estima que las necesidades de la vida social y del comercio así lo exigen.

"El principio racional en que la nueva teoría se funda -dice CLARO SoLAR-es bien sencillo. No puedo evidentemente modificar la situación jurídica de otra persona por mi sola voluntad, porque ello importaría atentar contra sus derechos y

desconocer su libertad y autonoqIía; pero debo, por mi sola voluntad, poder modificar mi propia situación y obligarme en favor
de otro. Sin duda, aquel a cuyo cargo pretendo obligarm~ no llegará a ser mi
acreedor, sino con su aceptación; pues no puedo imponerle nada, ni aun un derecho; pero la deuda que he querido imponerme queda definitivamente formada por la sola declaración que hago de mi voluntad. La aceptación del beneficiario, indispensable para hacer nacer el derecho de crédito, no es necesaria para la formación de la obligación"7.

Esta argumentación es válida, menos en cuanto niega el nacimiento, siquiera sea imperfecto, del derecho crediticio correlativo al compromiso unilateral, porque siendo toda obligación un vínculo entre dos personas, mal se puede pretender que solamente exista a cargo del deudor. Lo que en realidad sucede es que el derecho creCiticio mencionado nace imperfecto, sub conditione hasta la aceptación de su titular. Nadie discute, por ejemplo, que el acreedor testamentario lo es del heredero desde el momento mismo n que este acepta su asignación, aunque aquel todavía no haya consentido
~i expresa ni tácitamente en la adquisición de su crédito; nadie niega que el
~lleiio del negocio es acreedor del agente oficioso desde que este comienza
la gestión; na~ie niega que el tercero beneficiario de una estipulación contractUal trasmIte su derecho por causa de muerte, cte. Todo esto está indicando que el derecho crediticio sí existe con anterioridad a la aceptación del respectivo titular, hecho este último que lo consolida y perfecciona, lo que debe entenderse, claro está, sin perjuicio de la libertad

que asiste a dicho titUlar para renunciarlo en vez de aceptarlo, con lo cual se extingue la obli
<ración correlativa.
ü

382. LA OBLIGATORIEDAD DEL ACTO UNIPERSONAL EN EL DERECHO ROMANO. Bien puede decirse que la importancia que hoy se atribuyó al acto jurídico unipersonal como fuente de las obligaciones se debe a los expositores alemanes, quienes, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, reaccionaron enérgicamente contra la teoría clásica francesa. Pero mal se puede afirmar que la referida tendencia moderna constituya una invención de los civilistas alemanes y que la idea de la obligatoriedad de ciertas manifestaciones unilaterales de la voluntad privada esté totalmente reñida con la mentalidad latinaR. En realidad, se trata de una antigua concepción jurídica, cuya genealogía se remonta indiscutiblemente al derecho romano, en el cual tuvo hondas raíces e importantes aplicaciones prácticas. Cierto es que, en este, la fuente principal de las obligaciones voluntarias era el contrato, como todavía lo es en nuestra época. Pero no es menos cierto que el propio sistema ofrecía numerosos ejemplos de manifestaciones unilaterales de voluntad que eran obligatorias para quien las hacía y que obedecían al principio según el cual cualquier persona podía mejorar la condición de otro, pero no empeorarla (alienam conditionem meliorem quidem, 'etiam ignorantis et inviti facere posse, deteriorem non posse), como las estipulaciones del alieni juris en provecho del paterfamilias; la promesa del depositario de restituir la cosa a su dueño, en vez del depositante; la promesa del mutuario de pagar a ¡\.m Fercero; la imposición de cargas al donatario en favor de un extraño, ete. En tpdos estos casos, el promitente adquiría obligaciones y el beneficiario de estas podía ejercer las acciones respectivas, aunque no hubiera intervenido en los

actos que las originaban. Recuérdese, además, el auge que en la época imperial alcanzaron el voto o promesa a los dioses y la pollicitatio o promesa a la ciudad, las más típicas manifestaciones romanas del acto unilateral obligatorio.
De suerte que es a los intérpretes posteriores del derecho romano y, principalmente, a los antiguos civilistas franceses a quienes se debe critiear, tanto por haber abandonado la verdadera tradición latina, como por haberse dejado dominar de su prurito ultraindividualista hasta el punto de elevar a la categoría de axioma jurídico inquebrantable su deseo de que "nadie se deba convertir en acreedor sin su voluntad", con lo cual tenían que llegar necesaria y lógicamente al rechazo de la obligatoriedad de los actos jurídicos unipersonales.

383. LA OBLIGATORIEDAD DEL ACTO UNIPERSONAL EN EL DERECHO COLOMBIANO. En nuestro Código Civil también está fuera de duda la obligatoriedad de ciertos actos jurídicos unipersonales, aunque la importancia que hoy se suele atribuir a estos aparezca restringida en dicha obra, debido al prejuicio creado contra ellos por la doctrina francesa imperan te al tiempo de su expedición.
Por otra parte, también es indispensable distinguir a este respecto entre los actos unipersonales productivos de obligaciones para quienes no han consentido en ellos y los actos de tal especie que se limitan a crear derechos crediticios en favor de terceros y a cargo del agente único, pues, al paso que la eficacia de los primeros es nula, los segundos han sido mejor recibidos por nuestro legislador y su radio de acción es relativamente amplio, según lo veremos a continuación.
384. a) EL ACTO UNIPERSONAL OBLIGATORIO PARA QUIEN NO HA INTERVENIDO EN
ÉL. Es regla general y casi absoluta en todo nuestro derecho privado la de que los actos jurídicos de cualquier especie no

pueden imponer obligaciones a cargo de quienes no han consentido en ellos, vale decir, a cargo de los terceros. Esta regla está expresamente consagrada en el art. 1502 del Código Civil, a cuyo tenor: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: ...22) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio...". De suerte que, por principio, el acto jurídico unipersonal no puede ser obligatorio para perso nas distintas del agente. I I

Sin embargo, esta regla general admite, a lo menos, una excepci~n, ~ual
es la consagrada en el art. 2151 del Código Civil, que reza así: "Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y trascurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación. Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda". Así, conforme a esta última regla, una manifestación unilateral de voluntad, la de la persona que hace el encargo, llega a imponer a otra que lo rechaza, a lo menos la obligación de tomar las providencias conservativas urgentes.

Pero, fuera de la precitada excepción, no existen otras en nuestro derecho civil. Por tanto, incurren en error quienes, siguiendo ajossERAND, citan la agencia oficiosa como ejemplo de los actos obligatorios para personas extrañas a ellos. Según aquellos, el acto del agente oficioso no solamente onstituye la causa de las obligaciones que este contrae, como la de llevar la gestión hasta su término o hasta que el dueño se haga cargo del negocio, la de proceder con diligencia y cuidado, la de rendir cuentas, ete., sino que también es causa de las obligaciones que eventualmente pueden resultar

a cargo del dueño del negocio, como la de cumplir los compromisos que hayan sido útiles para él y la de rembolsar al agente las expensas también útiles de su ges]() tion, e . .
En realidad, esta pretendida excepción es falsa, tanto en el derecho francés como en el colombiano. En efecto) es verdad que la agencia oficiosa impone ciertos deberes al agente, los que únicamente pueden explicarse por la obligatoriedad de su acto unipersonal; pero las obligaciones que eventualmente puede contraer el dueño del negocio ya no encuentran su fuente
verdadera en dicho acto, sino en una situación jurídica bien distinta, cual es la del enriquecimiento injusto, que ocurrirá en el caso de permitir a dicho dueño aprovecharse de las ventajas de la gestión sin reconocer nada en cambio. Por consiguiente, el referido error consiste en atribuir a la manifestación unipersonal de voluntad del agente los efectos propios de un enriquecimiento sin causa, el cual, como es sabido, también constituye fuente
distinta e independiente de las obligaciones.

385. b) EL ACTO UNIPERSONAL OBLIGATORIO PARA EL AGENTE. Como acabamos de verto, salva una excepción sin importancia, el acto jurídico unipersonal es ineficaz en nuestro sistema positivo para imponer obligaciones a cargo de
personas extrañas a él. Pero no sucede lo propio, según ya lo hemos manifestado, cuando dicho acto solamente pretende gravar a su autor en beneficio de otro u otros, es decir, cuando se trata ya del llamado compromiso Unilateral o uniPersonal.
En efecto, nuestro Código Civil no habrÍa podido ser más claro ni más explícito en cuanto al reconocimiento de la obligatoriedad del compromiso unilateral. En primer lugar,

cuando dicha obrajenumera las fuentes de las obligaciones en su art. 1494, incluye entre ellas "el hecho voluntario de la persona que se obliga, como la aceptación de una herencia o legado". En
segundo lugar, el art. 34 de la ley 57 de 1887, que remplazó al 2302 del mismo Código, dispone que "las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes ... Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato...". Por consiguiente, en el derecho civil
colombiano sí está explícitamente reconocida la obligatoriedad del hecho voluntario lícito de la persona que se obliga, o sea, del compromiso unilateral.

Solo que nuestro legislador ha acogido para este acto la denominación impropia y criticable de cuasicontrato 11.

Por otra parte, además de la enunciación general de la fuerza obligatoria del compromiso unilateral, nuestro sistema jurídico positivo contiene interesantes aplicaciones concretas del mismo principio, tanto en algunos casos en que dicho compromiso se presenta aislado, como en otros en que aparece superpuesto o adherido a un contrato.

386. EJEMPLOS DEL COMPROMISO UNILATERAL AISLADO. 1 Q) LA ACEPTACIÓN DE LAS ASIGNACIONES SUCESORALES. La persona llamada a recoger una herencia, por disposición de la ley o del testamento, queda obligada a pagar las deudas hereditarias y testamentarias desde el momento de su aceptación (arts. 1115, 1411 Y ss.) Y el legatario que acepta el legado queda igualmente obligado, aunque en subsidio del heredero, al pago de las deudas hereditarias (art. 1419), como también al de todas las que le hubiere impuesto el testador (art. 1421).

Pero, antes de la aceptación de las asignaciones sucesorales, el heredero y el legatario solamente tienen el derecho potesta-

tivo de aceptadas o de repudiarlas; sobre ellos no pesa obligación alguna hasta tal momento. De suerte que la aceptación, típico acto unipersonal, es la que impone las obligaciones mencionadas, sin necesidad del consentimiento del acreedor. Por otra parte, la obligatoriedad del acto de aceptación de una asignación sucesoral se hace patente con la prohibición legal de rescindirlo por la sola voluntad del asignatario, salvos los casos en que dicha aceptación resulte lesivo. en virtud de disposiciones testamentarias desconocidas por elasignatario, o en que haya sido obtenida mediante la fuerza o el dolo (art. 1291)12.

Algunos, sin negar la indiscutible obligatoriedad que apareja la aceptación de las asignaciones sucesorales, no admiten que aquella provenga exclusivamente de este acto jurídico unilateral, porque, según ellos, dicha aceptación constituye apenas uno de los elementos de una situación jurídica compleja, en la que intervienen otros factores, tales como un contrato entre el acreedor hereditario y el causante, un testamento, el hecho de la muerte del causante, etc. Pero tal argumento se destruye con solo tener en cuenta

que lo que efectivamente radica la obligación a cargo del asignatario es su acto de aceptación, sin que para ello sea necesario contar con el consentimiento del acreedor. Antes de dicha aceptación, el asignatario no está obligado, y si la asignación es repudiada, este nunca adquiere obligación sucesoraf alguna.

387. 2Q) LA AGENCIA OFICIOSA. Consiste en la administración por una persona de los negocios o bienes de otra, sin que para tal efecto se haya celebrado entre ellas un contrato de mandato ni aquella obre en ejercicio de una representación establecida por la ley. Es decir que, por hipótesis, la agencia oficiosa constituye un acto unipersonal del agente, realizado

sin el consentimiento del dueño de los bienes o negocio, y que, sin embargo, impone a
aquel obligaciones análogas a las del mandatario (art. 2305) y, en especial, la de emplear en la gestión el cuidado y diligencia de un buen padre de familia (art. 2306), la de encargarse de todas las dependencias del negocio v continuar en la gestión hasta que el dueño pueda tomada o encargada a
~tra persona (art. 2307), etc. .

388. 3Q) LA OFERTA. Este es uno de los actos jurídicos unipersonales más importantes en el comercio. Así lo han estimado las legislaciones más modernas, como la suiza y la alemana, al reconocer ampliamente su obligatoriedad, atendiendo a elementales exigencias de la conveniencia práctica; y un numeroso grupO de juristas franceses también ha declarado su oposición al pensamiento antiguo al respecto, declarando la obligatoriedad de la oferta acompaí'iada de un plazo para su aceptaciónI3. Nuestro actual Código de Comercio también se inclina en pro de la obligatoriedad de la oferta (art. 846).

389. EJEMPLOS DEL COMPROMISO UNILATERAL ADHERIDO A UN CONTRATO. Los autores suelen citar a este respecto todos aquellos casos en que una persona queda obligada hacia un tercero en virtud de una convención celebrada con otra persona (estiPulación para otro), como en el seguro, en la libranza de títulos a la orden o al portador, etc. Distinguen, entonces, entre las obligaciones estipuladas en favor de las partes contratantes, cuyo origen se encuentra indiscutiblemente en la convención, y las obligaciones estipuladas en favor del tercero, las cuales solamente se pueden explicar por la voluntad unipersonal del deudor, comoquiera que falta la aceptación de dicho tercero14.

Esta tesis cuenta hoy con el favor de la gran mayoría de los tratadistas del derecho civil y del derecho mercantil, por

cuanto constituye la explicación irremplazable de ciertas situaciones que se presentan en algunos casos de la estipulación para otro. Por ejemplo, en materia de los efectos de comercio o títulos-valores (títulos nominativos, a la orden o al portador), se ha observado que la teoría antigua, según la cual tales efectos eran considerados como simples medios de prueba de obligaciones preexistentes entre las personas que celebraban la primera negociación de aquellos y según la cual los derechos de los tenedores sucesivos quedaban sometidos a las reglas ordinarias del contrato de cesión de créditos, es una teoría insuficiente y que está en abierta contradicción con el régimen establecido por las legislaciones modernas para dichos títulos, por lo cual ha sido abandonada. En su lugar, se ha propuesto y adoptado la teoría del compromiso unipersonal o unilateral en favor de los tenedores futuros, adherido al primer contrato o negociación del título, teoría que sí explica satisfactoriamente la adquisición de este por los tenedores sucesivos, libre de vicios y de las excepciones per
sonales que habrían podido oponerse a los tenedores anteriores, especialmente al primer beneficiariol5.

390. REFERENCIA A LAS REGLAS SOBRE LA OBLIGATORlEDAD DE LAS CONVENCIONES. Todo lo dicho respecto de las relaciones entre las convenciones y la ley es aplicable a los actos jurídicos unipersonales obligatorios. Así, de estos también se puede decir que están subordinados a la ley, que solo obligan a quien los ha otorgado y que deben ser probados plenamente, siempre que se trate de hacerlos valer en el campo judicial 16. Igualmente, las consecuencias, o efectos del postulado de la normatividad tienen cabida respecto de los actos unipersonales, en cuanto no se opongan a la naturaleza de estos. Así, el agente de un acto unipersonal obligatorio no puede desligarse de su compromiso, sino

cuando la ley lo faculte para ello; y la fuerza normativa de dicho acto no solo vincula al agente, sino también a los jueces y, en cierta medida, al propio legisladorI7.

CAPÍTULO II

EL POSTULADO DE LA BUENA FE

391. CONCEPTO. Los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración. Tal es lo dispuesto por el art. 1603 del Código Civil, que reza lo siguiente: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

Este postulado, que tiene un alcance muy general en el derecho civil moderno, como quiera que es aplicable no solo a los contratos, sino a todos los actos jurídicos y, lo que es más, a todas las obligaciones, cualesquiera que sean sus fuentes, encuentra su origen en el derecho romano honorario, el cual lo adoptó a manera de correctivo del rígido sistema quiritario. En este último los contratos eran stricti juris, por cuanto debían ser interpretados estrictamente de acuerdo con la significación predeterminada de las fórmulas rituales empleadas en su celebración. Con otras palabras: el contenido de

tales contratos quedaba fijado de manera precisa e irrevocable por las solemnidades que le daban vida jurídica. Este sistema formalista de interpretación de los actos jurídicos, muy propio de las legislaciones arcaicas y muy cómodo en cuanto evita discusiones acerca del contenido y alcance de dichps actos, en muchos casos resultaba contrario a los dictados de la equidad y a la voluntad real de las partes. Por tal razón, cuando los viejos contratos s~leI¡1l
nes ya se mostraron insuficientes para satisfacer las crecientes necesidades del comercio romano, los jurisconsultos, al crear nuevos tipos contractuales más expeditos y flexibles, también tuvieron que introducir un nuevo sistema
de interpretación fundado principalmente en la investigación de la voluntad real de los agentes y en las normas de la equidad, con lo cual surgió la oposición entre estos nuevos contratos denominados bonae fidei y los antiguos
contratos stricti juris.

.

392. Los EFECTOS DEL POSTULADO DE LA BUENA FE. En el derecho moderno el abandono del simbolismo (jorma dat esse rei) de las legislaciones arcaicas ha generalizado la vigencia del postulado de la buena fe, extendiendo su campo de acción, según quedó dicho, a todos los actos jurídicos y, más. ún, a todas
las obligaciones.

393. 1 Q) COMPLEMENTA EL POSTULADO DE LA NORMATIVIDAD DE LOS ACTOSjURíDICOS. Ya sabemos que las convenciones constituyen ley para las partes, en forma tal que estas no pueden destruir unilateralmente dichas convenciones, lo que también es aplicable a ciertos actos unipersonales, cuya normatividad u obligatoriedad está reconocida en nuestro sistema positivo. Ahora bien, el postulado de la buena fe en la ejecución de los actos jurídicos es un

complemento del anteriormente mencionado, en cuanto exige que las prestaciones impuestas por tales actos deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante la celebración de aquello~, Así, de no existir el postulado de la buena fe, bien podría suceder en muchos casos que los deudores ejecutaran sus obligaciones de tal suerte que efectivamente burlaran los derechos de los acreedores. Por ejemplo, e! fabricante obligado a suministrar un pedido de cien sombreros hecho por un comerciante, podría entregarle un lote de cien sombreros fabricados en el siglo pasado y rezagados por el cambio de la moda, con lo cual ejecutaría literalmente su obligación, pero violando el espíritu de esta y la finalidad del contrato respectivo.

En cuanto a las obligaciones de género, dispone el art. 1566 de! Código Civil que ni e! acreedor puede exigir determinadamente ningÚn individuo, ni el deudor queda libre sino entregando cualquier individuo, con tal que sea de calidad a lo menos mediana. Así, tratándose de dar un caballo, ni e! primero puede pedir un reproductor de pura sangre ni el segundo puede pretender su liberación mediante la entrega de un jamelgo en trance de muerte por enfermedad o vejez. De esta suerte, e! postulado de la buena fe interviene en la interpretación y la ejecución de las obligaciones de género, coordinando e! interés de! acreedor en obtener el máximo beneficio con el interés del deudor en realizar el mínimo sacrificio. Para ello, dicho postulado fua en e!

justo medio, en lo mediano, en lo normal, en lo ordinario, e! punto lícito hasta el cual pueden llegar las encontradas pretensiones de los interesados en e! cumplimiento de dichas obligaciones.

Esta regla del art. 1566 de! Código Civil apenas si es una aplicación concreta de! postulado general de la buena fe que

gobierna la interpretación y ejecución de todos los actos jurídicos y obligaciones. De suerte que, a falta de estipulación expresa de los agentes y a falta de disposición especial de! legislador, tanto aquellos como los jueces deben considerar que todos los actos y todas las obligaciones, en general, están regulados por e! postulado de la buena fe que, según se explicó, siempre indica lo normal, lo ordinario, lo. mediano como criterio que debe presidir la interpretación y la ejecución de dIChos actos y obligaciones.

394. 2Q) DETERMINA EL CONTENIDO DE LOS ACTOS jURÍDICOS. El ya citado arto 1603 de! Código Civil, a vuelta de consagrar expresamente el postulado de la buena fe, declara, a manera de consecuencia natural e inmediata de dicho postulado, que los contratos "obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino
a tOdas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella". Por otra parte, las reglas que el propio Código da para la interpretación de los actos jurídicos concuerdan con el texto legal trascrito, a la vez que lo desarrollan y complementan. En efecto, el art. 1618 ordena al intérprete atender preferentemente a la intención real de los contratantes y no a lo literal de las palabras y, segÚn e! art. 1621, concordado con el 1501, a falta de estipulación en contrario, en todo contratO se entienden incorporadas todas las normas específicas del contrato de que se trata.
De suerte que, tanto las partes en e! momento de ejecutar un acto
jurídico, como e! juez al intervenir en dicha ejecución, deben consultar la intención real de los agentes, las normas legales propias de la naturaleza del acto y de las obligaciones respectivas, como también las costumbres jurídicas y los dictados

de la equidad, que tienen el carácter de normas supletivas (ley 153 de 1887, arts. 8Q y 13), para fuar así el verdadero contenido de dicho acto y de las obligaciones resultantes, y para desarrollarlo de buena fe.

395. LA MALA FE EN LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS CONSTITUYE UN DELITO. Si una persona, a sabiendas e intencionalmente, deja de cumplir las obligaciones que le impone un acto jurídico, incurre en violación del postulado de la buena fe, con lo cual comete una falta dolosa que la hace responsable de todos los perjuicios causados al acreedor (art. 1616)1. Por ejemplo, si e! trasportador que se ha obligado a seguir determinada vía, realiza intencionalmente e! trasporte por ruta distinta, debe responder de todas las pérdidas, faltas y averías que sufra la cosa trasportada.

396. 3Q) EL POSTULADO ES EL FUNDAMENTO DE LA "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRA.CTUS" y DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. Desde el momento mismo de la celebración de un contrato sinalagmático, las partes saben que este debe producir obligaciones recípr0cas, y no solamente a cargo de una de ellas. Así, en la compraventa eli veJ)dedor sabe, desde e! principio, que su derecho a recibir el precio convenido nace simultánea e interdependientemente con su obligación de trasferir al comprador la cosa vendida. Sería, por tanto, contrario a la naturaleza de los contratos sinalagmáticos y a claros principios de equidad que e! vendedor de nuestro ejemplo rehusara a sabiendas el cumplimiento de sus obligaciones y que, a la vez, pretendiera exigir al comprador e! pago del precio, o que pretendiera retenerlo, si ya lo hubiera percibido. Luego, la excepción de incumplimiento del contrato, mediante la cual cada U,na de las partes puede enervar la acción ejecutiva instaurada por la otra parte, mientras esta no cumpla

o no se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos, y la acción resolutoria del contrato, que se encamina a restituir al contratante cumplido al estado anterior a la celebración, O sea, a permitirle la repetición de lo ya dado o pagado por el al otro contratante incumplido, son consecuencias indispensables del postulado de la buena fe en la ejecución de los contratos sinalagmáticos, cuya naturaleza, por ley y por equidad, implica la reciprocidad de las obligaciones que generan. .
y lo propio sucede cuando la acción resolutoria tiene cabida en los contratos unilaterales, v. gr., en el como dato, cuando el comodatario destina la cosa a un fin distinto del convenido, porque en tales casos también se sanciona mediante la referida acción la mala fe que conduce a la violación del contrato.

Capítulo III

EL POSTULADO DE LA DILIGENCIA

397. CONCEPTO. Últimamente hemos afirmado que los actos jurídicos y las obligaciones, en general, deben ser cumplidos de buena fe, es decir, lealmente, con la intención positiva de realizar la finalidad social y jurídica a que obedecen. Mas esto no es suficiente. A las buenas intenciones hay que agregar algo más: prudencia, diligencia, cuidado en la ejecución de lo debido, pues dicha finalidad no solo puede frustrarse porque el deudor abrigue el ánimo dañado de incumplir, sino también porque culposamente deje de poner los medios adecuados, bien sea por torpeza, bien por negligencia

o descuido. Por tanto, el cumplimiento de los actos jurídicos y de las obligaciones exige rectitud u honestidad en la intención y, además, requiere prudencia, diligencia y cuidado en la ejecución. Tales son los principios generales al respecto.
Pero, ¿cómo determinar en cada caso particular el grado de prudencia y diligencia que está obligado a prestar el deudor? Porque es indudable que los hombres se suelen comportar de manera diversa en la realización de sus actividades y en la gestión de sus negocios. Así, algunos son exageradamente prudentes y meticulosos; otros son torpes y perezosos y, en fin, otros son ordinariamente atentos y cuidadosos: emplean normalmente su inteligencia y su voluntad sin incurrir en excesos ni en deficiencias. Surge de aquí un delicadísimo problema que ha preocupado hondamente a los juristas de todas las épocas, a saber: ¿cuál es el mejor criterio para medir y determinar el grado de prudencia y diligencia que debe p,restar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones? ¿Será conveniepte emplear para este efecto un criterio subjetivo, vale decir, concreto, según el cual cada persona debe obrar de acuerdo con su idiosincrasia y hábitos de conducta? °, por el contrario, ¿será preferible el empleo de un criterio objetivo y abstracto, fundado en la comparación de la conducta del deudor con la que, en análogas circunstancias, observaría cierto tipo ideal, v. gr., el del hombre normalmente atento y cuidadoso? La elección del criterio de que se trata es de importancia capital y constituye la materia propia de la controvertida teoría que se ha denominado tradicionalmente de la prestación de la culPa, cuyo desarrollo histórico describiremos a continuación.

398. EL DERECHO ROMANO. El sistema del Imperio, en el cual las instituciones romanas atinentes a la responsabilidad alcanzaron su máxima complicación, distinguía entre el

dolo (dolus), la culpa grave (culpa lata) y la culpa leve o simplemente culpa (culpa levis, culPa levior). Todo deudor respondía del dolo, es decir, de la intención o propósito de incumplir. Pero, en cuanto a la culpa, había que distinguir según el acto o la obligación de que se tratara. Así, en el depósito y el precario, la responsabilidad del deudor solamente quedaba comprometida, aparte del dolo, por su culPa lata, que consistía en no entender lo que todos entienden, vale decir, en una falta de cuidado tan torpe y grosera que sería inexcusable en cualquier persona (culpa lata est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt), por lo cual esta culpa era asimilada al dolo (culPa lata et dolo proxima). En todos los demás actos y obligaciones, como la compraventa, la locación, la sociedad, la conservación y restitución de la dote, la gestión de la comunidad, la agencia oficiosa, etc., el deudor respondía hasta de la culpa leve. Pero la apreciación de esta especie de culpa también variaba según los casos, pues en la mayoría de las veces se comparaba al deudor con un administrador irreprochable, prudente, diligente y cuidadoso (bonus paterjamilias, bonus vir), tipo ideal y abstracto, mientras que, en algunos casos, dicho deudor era comparado consigo mismo, exigiéndosele, entonces, que cumpliera su obligación
con la diligencia que solía emplear ordinariamente en sus propios negocios
(Praestare talem diligentiam quam suis). El primero de tales criterios de apreciación de la culpa leve sirvió a los intérpretes posteriores para crear la expresión culpa levis in abstracto que no se encuentra en los textos romanos, pero que indica satisfactoriamente ese criterio general de apreciación. El segundo criterio, que también dio origen a la expresión culPa levis in concreto, únicamente se aplicaba por excepción para medir la responsabilidad del tutor, del socio, del comunero y

del marido obligado a restituir la dote, casos en los cuales el deudor tenía derechos sobre la cosa, por lo cual solo se le exigía el mismo cuidado que ordinariamente solía prestar a sus propias cosas (talem diligentiam qua m suis).
En fin, importa decir que el Digesto no emplea la expresión culPa levissima, equivalente al descuido levísimo o muy ligero en punto de la responsabilidad contractual, sino que la usa por una sola vez en relación con la responsabilidad delictual o aquiliana '.

399. EL DERECHO MEDIEVAL. Los antiguos intérpretes del derecho romano, a partir de ACCURSIUS (siglo XIII), incurriendo en ese vicio de interpretación de los textos tan frecuente en ellos y que consistía en elaborar sutiles teorías generales con base en reglas concretas o en frases aisladas y de alcance limitado, desnaturalizaron y falsearon el sistema romano sobre la presta
ción de la culpa, por dos aspectos, a saber:
1°) En primer término, supusieron, contra la realidad, que los jurisconsultos romanos habían distinguido tres clases de culpas en la ejecución de los contratos: la culPa lata o descuido grave, inexcusable en cualquier persona; la culPa levis, que implicaba una negligencia o descuido que no cometería un hombre prudente en la administración de sus negocios (culPa levis in abstracto), o que no cometería el deudor en sus propios negocios (culPa levis in concreto), y la culPa levissima equivalente al descuido más ligero, a la negligencia en que no incurriría un hombre muy exacto y diligente; y
2Q) En segundo término, para determinar el grado de la culpa que el deudor debía prestar en cada caso, dichos intérpretes emplearon un criterio que tampoco tuvo nunca alcance general en el sistema romano, cual era el de la utilidad que cada contrato reportara a las partes. Así, en los contratos que solo

eran útiles para el acreedor, como depósito, se supuso que el deudor únicamente debía responder de su culpa lata o grave; en los contratos celebrados para utilidad recíproca de las partes, como la compraventa, estas debían responder hasta de su culpa leve, y, en fin, en los contratos que solamente interesaban al deudor, como el comodato, su responsabilidad iba hasta la culpa levísima.

Tal fue la teoría de la prestación de las culPas que dominó hasta el siglo XVIII y que profesaron todos los grandes intérpretes del derecho romano, como ACCURSIUS, ALCIATE, BARTOLUS, CU]ACIUS, DUARENUS, AVEZAN, VINNIUS, HEINECCIUS, F ABER, etc.

Igualmente, esta teoría fue la consagrada por las antiguas legislaciones,
como la española de las Siete Partidas.

400. EL DERECHO FRANCÉS. Los antiguos civilistas franceses también
acogieron la teoría medioeval de la prestación de las culpas, que llegó a Po
. THIER, recibiendo de este todo el favor de su gran autoridad2. Sin embargo, ya desde el siglo XVI, DONEAU (DONELLUS) y más tarde THOMASIO y LEBRUM, abrieron las puertas a la discusión de esta teoría generalmente aceptada, tildándola de ser una falsificación de las leyes romanas, en lo que tenían sobrada razón, porque, según ya lo hemos visto, tales leyes solo llegaron a admitir dos clases de culpa en materia. de responsabilidad contractual: la culPa lata asimilada al dolus y la culp~ levis, apreciada unas veces in abstracto y otras in concreto, según el caso, y sin 4ueipara la determinación de la responsabilidad del deudor tampoco se tuviera en cuenta, a manera de criterio general, la utilidad que el contrato reportara para él o para el acreedor, pues dicho criterio únicamente se empleó ~n la época clásica para distin-

guir a los deudores que solo respondían de su dolo de mala fe, cuando no estaban Interesados, y a los deudores que también respondían de su culpa o negligencia cuando sí tenían interés en el contrato 3.

Este debate sobre la teoría medioeval de la prestación de las culpas culminó en Francia con su rechazo formal por parte de los redactores del Código de Napoleón, quienes la juzgaron artificiosa, sutil e injusta, sus ti tu yéndola por un sistema denominado de la unidad de la culPa objetiva, porque en él solamente se exige, salvo alguna excepción, que el deudor emplee en la ejecución de los actos jurídicos y de sus obligaciones la diligencia de Un buen padre de familia, vale decir, de un hombre normalmente diligente y cuidadoso en la administración de sus negocios4.

401. EL DERECHO COLOMBIANO. El Código Civil de donANDRÉs BELLO sigue a este respecto el sistema del antiguo derecho espai'iol y de POTHIER, consagrando así la teoría medioeval de la prestación de las culpas, que implica, como ya sabemos, una clasificación en tres grados de la diligencia que debe prestar el deudor en la ejecución de sus obligaciones y cuyas aplicaciones prácticas obedecen al criterio de la utilidad que los distintos actos jurídicos puedan reportar a las partes.

En efecto, el art. 63 de dicho Código Civil reconoce y define tres clases o especies de culpas, a saber: "Culpa grave, negligencia grave, culPa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra

calificación, implica culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

y en cuanto a las aplicaciones prácticas de la precitada clasificación tripartita de la culpa, el art. 1604 del mismo Código sienta las siguientes reglas generales: "El de\.ldor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos qbe se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio" .

Tenemos así, pues, consagrada en su forma más pura la teoría tripartita de la prestación de las culpas, inventada por los glosadores del derecho romano.

Sin embargo, como lo indica el artículo últimamente citado, las reglas generales contenidas en él pueden ser modificadas, bien sea por las estipulacÍones expresas de las partes, bien por disposiciones especiales de las leyes. Así, los agentes pueden convenir en que uno o más de ellos respondan de determinada culpa distinta de la que legalmente tendrían que prestar, v. gr.,

que el comodatario solo responda de la culpa leve, o el vendedor de la grave,

o el depositario de la levísima. Asimismo, varios artículos del Código Civil modifican las mencionadas reglas generales sobre la responsabilidad, como puede verse en los siguientes casos:

1 Q) El mandatario responde de la culpa leve, aunque el mandato sea gratUito, es decir, sin utilidad alguna para él (art. 2155), porque se dice que la gestión de negocios, que es el objeto de este contrato, permite presumir que el mandatario se ha comprometido a emplear ese cuidad05. Pero esta culpa leve que debe prestar el mandatario se apreciará más estrictamente si el mandato es remunerado, y menos estrictamente si aquel ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo obligado a aceptado, cediendo a las instancias del mandante (art. cit.), lo que no significa que en estos casos el mandatario remunerado responda de la culpa levísima, ni que aceptando a regai'iadientes, solo responda de la culpa grave, sino que los descuidos en que incurra y que puedan ser calificados como culpas leves deben ser apreciados por el juez con más o menos rigor según las circunstancias.
2Q) El agente oficioso, cuyas obligaciones son las mismas que las del mandatario, por cuanto el objeto de sus actuaciones, la gestión de negocios, también es el mismo (art. 2305), generalmente responde de la culpa leve (art. 2306). Pero si se ha hecho cargo de la gestión para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, solo será responsable del dolo y de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, ofreciéndose a ella e impidiendo que otros lo hiciesen, responderá de toda culpa, inclusive de la levísima (ibídem).
3Q) Por regla gene~al, el depositario solo responde de la culpa grave, porque el depósito propiamente dicho es gratuito (arts. 2244 y 2247). Pero si aquel se ha ofreci4o t;spontáneamente, o si ha pretendido que se le prefiera a otra persona, o si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de la cosa en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración, o si el depósito es necesario, es decir, que la elección del depositario no dependa de

la libre voluntad del depositante, aquel será responsable de la culpa leve (arts. 2247 y 2263).

4°) El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima. Sin embargo, si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se extenderá la responsabilidad de aquel sino hasta la culpa leve, y si en pro del comodante, solo hasta la culpa lata (art. 2203). No se entiende cuándo el comodato o préstamo de uso de una cosa a título gratuito pueda ser en pro del como dan te, como tampoco
se entiende por qué el depositario con permiso de usar la cosa depositada
solamente deba responder de la culpa leve, mientras que el comodatario,
quien está colocado exactamente en la misma situación de tal depositario
con facultad de uso, tiene que responder de la culpa levísima. Esta discre
pancia solo se explica por el método especulativo que sirvió para la ela
boración de la teoría medioeval de la prestación de las culpas, abstracción hecha de las necesidades reales que se pretendía satisfacer con ella.

402. CRÍTICA DEL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Infortunadamente, don ANDRÉS BELLO, a vuelta de adoptar en su primer proyecto de Código Civil el sistema francés de la unidad de la culpa objetiva, acabó por decidirse en sus otros dos proyectos por el sistema medioeval de la clasificación tripartita de
las culpas. De esta suerte, nuestro Código Civil resuelve un problema tan

delicado e importante, cual es el de la determinación del grado de diligencia
y cuidado en la ejecución de los actos jurídicos, mediante la aplicación de una
teoría fundada en la falsa interpretación de una legislación modelo, lo que
permite comprender fácilmente que dicha teoría, por artificiosa, es decir,
por haber sido construida sin bases reales, no satisface las necesidades prác
ticas, a la vez que entorpece y dificulta la labor judicial, reparos estos que son suficientes para justificar su rechazo por parte de los redactores del Código de Napoleón.BIGOT-PRÉAMENEAU, en su exposición de motivos ante el Cuerpo Legislativo, se expresaba así: "...Esta división de las culpas es más ingeniosa
que útil en la práctica: no deja de ser necesario verificar respecto de cada
culpa si la obligación del deudor es más o menos estricta; ¿cuál es el interés
de las partes?; ¿cómo han entendido obligarse?; ¿cuáles son las circunstancias?; cuando la conciencia del juez ha sido ilustrada así, no hay necesidad de reglas generales para pronunciarse según la equidad. La teoría en que se dividen las culpas en muchas clases, sin poder determinarlas, no puede sino arrojar una falsa claridad y convertirse en materia de las más numerosas controversias. La propia equidad repugna las ideas sutiles... Por esto, s'e ha decidido que el deudor que está obligado r velar por la conservación de la cosa, debe prestarle todos los cuidados de ~n quen padre de familia, sea que la convención no tenga por objeto sino la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto su utilidad común..."(j. Y FAVARD, en su informe al Tribunado, también decía con

razón: "...La obligación de deudor encargado de conservar la cosa que debe dar no puede ser más o menos extensa, sino relativamente a lo que es materia del contrato; porque, bajo [sic] este aspecto, los medios de conservación varían según la naturaleza de los objetos que son confiados a sus cuidados. La responsabilidad del deudor lo obliga a toda la custodia de un buen padre de familia; pero no se le puede exigir que vaya más allá dedicándole un cuidado extraordinario, a menos de [sic] que haya contraído expresamente la obligación o que esta sea una consecuencia necesaria de su compromiso. Pero en ningún caso es dispensado de prestar los cuidados que razonablemente se deben esperar de un buen padre de familia
ara la conservación de su propia cosa; y este principio, para el cual la ley no
hja ni puede ruar gradación alguna, es la única regla que se ha debido admitir
para apreciar la culpa que debe producir la responsabilidad del deudor"7.
Efectivamente, determinado el contenido de un acto jurídico y, en general, de una obligación, mediante la investigación de la real voluntad de los
agentes, de la naturaleza jurídica del acto u obligación, de los usos y cos
tümbres al respecto y de los dictados de la equidad, al deudor se le debe exigir, además de la buena fe, ni más ni menos que la prudencia y el cuidado
que l?s hombr~s juici~sos y diligen~es, vale de.cir, q~e .los buenos padres de
famiha, prestanan en Igualdad de CIrcunstanCIas. EXIgIrle menos, so pretextO de que el susodicho deudor suele ser persona torpe y negligente en la administración de sus propios negocios, o so pretexto de que el acto no le reporta utilidad, equivale a sacrificar los legítimos intereses del

acreedor, quien siempre tiene derecho a esperar que aquel, en virtud del elemental principio de la solidaridad social, se comporte en el cumplimiento de sus deberes legales o convencionales como una persona prudente y cuidadosa, usando para ello de su inteligencia y voluntad naturales. Por el contrario, exigir al deudor una diligencia extraordinaria y desusada en el cumplimiento de sus obligaciones, fundándose para ello en que el acreedor ha querido beneficiarlo mediante un acto jurídico que no reporta utilidad alguna para este, equivale precisamente a destruir el carácter liberal del acto, exigiendo al deudor que compense mediante un sacrificio extraordinariamente oneroso el provecho que tal acto le reporta. Así, por ejemplo, si en el como dato o préstamo gratuito del uso de una cosa, el comodante no recibe utilidad alguna, cabalmente porque su ánimo liberal le ha inducido a prestar desinteresadamente un servicio al comodatario, a este solo se le debe exigir que use de la cosa prestada como persona prudente y cuidadosa; pedirle más, obligándolo a convertirse en un extraordinario y diligentísimo guardián de dicha cosa, so pena de comprometer su responsabilidad con el descuido más insignificante, equivale a trastrocar la índole y la finalidad del contrato, convirtiendo al comodante en la parte realmente beneficiada y al comodatario en un esclavo de esa cosa que tiene que custodiar con tanta diligencia, que ya no puede aprovecharse normalmente del uso de ella.

Por lo expuesto sería conveniente modificar el sistema del Código Civil en este punto, descartando la artificiosa y empírica teoría de la prestación de las culpas, para establecer, en su lugar, un sistema conforme al cual todo deudor debe quedar obligado ni más ni menos que a comportarse como una p~rsona normalmente juiciosa y diligente, como un buen padre de familia. MIentras esta reforma no se establezca, el problema importantísimo de la responsabilidad contractual

continuará entregado a la arbitrariedad de los Jueces, llamados por el sistema vigente a clasificar la conducta de los deudor,es en tres categorías legalmente indeterminadas y separadas entre sí por hneas sutilísimas e inasibles.

CAPÍTULO IV

LA REPRESENTACIÓN

I. Generalidades

403. EL PRINCIPIO. Las expresiones agente y parte empleadas en los capítulos anteriores para explicar los efectos de los actos jurídicos, no deben ser entendidas en sentido vulgar, como si se refiriesen exclusivamente a las personas que intervienen directa y materialmente en el otorgamiento de tales actos, sino que deben ser tomadas en su acepción jurídica que está condicionada por el principio de la representación, en cuya virtud lo que alguien ejecuta a nombre de otro, estando debidamente facultado para representado, produce respecto de este los mismos efectos que se seguirían si el acto hubiera sido otorgado personalmente por él. Significa lo dicho que para el perfeccionamiento de un negocio jurídico no se requiere la actuación personal de quienes están llamados a recibir los beneficios y las cargas del negocio, sino que basta la presencia de intermediarios que obren por esas personas, con lo cual los efectos resultantes recaen sobre ellas, mientras que la órbita jurídica de los intermediarios permane-

ce indiferente, como los cuerpos catalizadores en las reacciones químicas.

404. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA. En las sociedades de economía familiar y de rudimentaria cultura jurídica la representación no solamente es superflua, debido al escaso número de las transacciones comerciales, sino que también es mirada como ficción inaceptable, por cuanto implica esencialmente la desviación de la imputabilidad de las actuaciones individuales. Una mentalidad primitiva no puede comprender que los actos materialmente ejecutados por una persona se reputen cumplidos por otra distinta, de ordinario ausente del lugar.

405. a) EL DERECHO ROMANO. Por la razón últimamente apuntada, el derecho romano arcaico consagró el principio nihil per extraneam personam nobis adquiritur, o sea, el principio radical de la no representación, que perduró a través de toda la historia romana, sufriendo importantes atenuaciones en el decurso de los siglos, pero sin perder nunca su vigencia. Así, es cierto que, ante las exigencias de la práctica, el derecho honorario llegó a admitir primeramente que los actos de las personas in potestate (hijos, esclavos, etc.) benefidaban aldominus y, más tarde, que también podían perjudicado; y es cierto
igualmente que el mismo derecho fue consagrando otros casos de la repre
sentación per extraneam personam (persona libre). Pero, a pesar de estas eJ<:cepciones introducidas paulatinamente bajo la presión de la necesidad
tOdavía en la época dejusTINIANO regía en forma absoluta el principio arcaic~
respecto de los actos solemnesl. En cuanto a los actos no solemnes, la repre

sentación sí llegó a tener cabida genera12, aunque la idea romana de ella era bien distinta de la concepción moderna. En efecto, cuando el derecho honorario se vio precisado a admitir la representación per extraneam personam, lo hizo con base en una organización compleja y defectuosa: el intermediario,
v. gr., el tutor o elprocurator, quedaba ligado por el contrato, o sea que adqui
ría los derechos y las obligaciones resultantes, al paso que el representado
(pupilo o mandans) no quedaba directamente vinculado al tercero contratan
te, sino apenas provisto de una acción contra su intermediario para reclamarle el beneficio 10grad03. Y aun en los últimos tiempos, cuando ya se reconocieron acciones útiles al representado contra el tercero, y viceversa, no se llegó
a prescindir de la idea tradicional de que los actos jurídicos tenían que
producir sus efectos sobre el representante, por ser este el autor material de
dichos actos4.

406. b) EL DERECHO MEDIEVAL. A los canonistas medioevales se les debe el concepto moderno de la representación, caracterizado: a) por lasustitución
del representante al representado en cuanto a la celebración del acto respec
tivo, y b) por la desviación de los efectos de este acto hacia el patrimonio del representado, quedando indiferente la órbita propia del representante (qui facit per alium est perinde ac si faciat per se iPsum). Tal es el concepto de la
representación en el derecho moderno, en el cual presta importantísimos servicios al multiplicar los órganos de expresión jurídica de los individuos capaces y al suplir la incapaci-

dad de los impúberes, dementes, interdictos, ete., como también las naturales deficiencias de las personas morales5.

407. c) EL DERECHO MODERNO. Sin em16argo, los juristas de los siglos XVII y XVIII, principalmente los pandectistas, estructuraron la teoría de la representación a expensas de las reglas particulares del contrato de mandato, tomadas en parte de las fuentes romanas, dando asílugar a confusiones entre dicho contrato y la representación, que son instituciones jurídicas conexas,
pero distintas entre sí. A ello se debió que las legislaciones del siglo pasado, a excepción, probablemente la única, del Código de Sajonia, hubieran omitido el tratamiento independiente de la representación, cuyos principios que
daron involucrados en la reglamentación del mandato, de la sociedad, etc.
Contra esta concepción errónea reaccionaron eminentes juristas, como RUDOLF VON IHERINGIi, quienes declararon que ni la representación es de la esencia del mandato ni tiene necesariamente un origen contractual. Lo primero, porque el mandatario puede obrar en su propio nombre (mandato sin representación) caso en el cual no representa al mandan te ni lo obliga respecto a terceros, pues entonces todos los derechos y las obligaciones producidos por el acto recaen directamente sobre el mandatario. Lo segundo, porque, además de la representación emanada de un contrato, como el mandato o la sociedad, también existe la representación legal, impuesta independientemente y aun en contra de la voluntad del representado, como la que corresponde al tutor y, en el sentir de IHERING y otros, al negotiorum gestor.

II. El derecho colombiano

408. EL CAMPO DE ACCIÓN. Salva excepción relativa al testamento (C. C., art. 1060), nuestro Código Civil acepta ampliamente la representación en toda clase de contratos, convenciones y actos unilaterales, los cuales pueden,
por tanto, celebrarse por intermedio de representantes. Tal es el principio general consagrado en el arto 1505 del Código Civil, a cuyo tenor: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultad a por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". Pero este es el único texto dedicado por dicha obra a la representación en sí misma considerada, porque, a imitación de sus modelos, reglamentó esta importantísima institución en forma de aplicaciones particulares a la patria potestad, a las tutelas y curadurías, al mandato, a la sociedad, etc.

409. REQUISITOS LEGALES DE LA REPRESENTACIÓN. Para que la representación produzca sus propios efectos, es indispensable que se reúnan las siguientes condiciones o requisitos legales:

410. a)LA INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE. El citado art. 1505 del Código Civil parte del supuesto de que la persona realmente interesada en el acto y llamada a recibir sus efectos no concurre directamente a la celebración de este, bien sea por imposibilidad física o jurídica, bien por simple convenien cia o comodidad, sino que dicha persona es remplazada por atraque ejecutamaterialmente las funciones del caso. De esta suerte, el representante se convierte en el órgano de expresión jurídica del representado, para lo cual le presta su propia actividad7.

411. b) LA INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE DEBE SER DE ÍNDOLE JURÍDICA. Incurriendo en impropiedad que no se debe a la redacción del señor BELLO, el art. 1505 ya trascrito comienza diciendo: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra...", con lo cual sugiere la idea de que la representación puede tener cabida respecto de cualesquiera actividades, cuando, en verdad, solamente actúa e interesa en punto de los actos jurídicos, según lo declara la parte final del propio texto, al decir: "...produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo"8.

Los actos materiales de una persona pueden alcanzar eficacia jurídica respecto de otra, como cuando el dependiente de un joyero engasta en oro de su patrón un diamante ajeno, acto que produce la adquisición de la joya por el dueño de la cosa principal, con el gravamen de pagar el valor de lo accesorio a su dueño (C. C., arts. 727 y ss.), y como cuando una persona repara la pared ajena que amenaza ruina. Pero estos casos están fuera de la idea de la representación, puesto que no se trata de actos jurídicos. En el primer caso, la adquisición de la propiedad de la joya y la obligación correlativa de pagar el valor de la parte accesoria, se realizan por el solo ministerio de las normas legales sobre la adjunción, aunque el operario no haya abrigado el propósito de producir tales efectos jurídicos y aunque los ignore. Con otras palabras: tales efectos no obedecen a la ejecución de un acto por cuenta propia o ajena del artífice, sino al fenómeno mismo de la adjunción de las especies9. En el segundo caso, es claro que la reparación de la pared beneficia al dueño y crea obligaciones a su cargo y en favor del operario; pero tales efectos se dan fuera de la representación, ora por las relaciones contractuales entre dichas personas, como cuando han celebrado contrato de

arrendamiento de servicios, ora por disposición de la ley que prohíbe el enriquecimiento sin causa, etc.
Por las mismas razones, no cabe la representación en materia de hechos ilícitos, cuyos autores materiales e intelectuales responden personalmente y no pueden descargarse en otras personas. Aun en el caso de responsabilidad civil por el hecho ajeno, la obligación indemnizatoria recae sobre el responsable en virtud de su propia conducta, v. gr., de su culpa in vigilando o in eligendo, pero no en virtud de una pretendida representación por el agente directo del hecho ilícitolO.
En conclusión: el campo propio de la representación es el de los actos jurídicos. La finalidad de la institución, cual es, según ya lo sabemos, la de facilitar la expresión jurídica a las personas, dotándolas de órganos que actúen por ellas en el comercio, nos está indicando la órbita precisa de la referida institución.

412. c) LA INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE DEBE SER A NOMBRE DEL REPRESENTADO. Como ordinariamente los actos jurídicos solo interesan a quienes los otorgan directamente, estos suelen obrar para sí y en sus propios nOIllbres. Sin embargo, también sucede con frecuencia que un acto jurídico interese realmente a persona que no ha intervenido en su otorgamiento, COIllo cuando alguien compra un bien para otro que le ha hecho el encargo. En tal supuesto, se dice que el primero obra por cuenta y riesgo del segundo.

Pero, para que exista la representación con sus efectos propios, no basta el mero propósito de parte del otorgante de un acto jurídico de obrar por cuenta y riesgo ajenos. Además, es indispensable, como expresamente lo exige el art. 1505 del

Código Civil, que el intermediario obre a nombre del representado[11]. Si obra en su propio nombre, aunque por cuenta y riesgos ajenos (préte-nom del derecho francés)[12], lo que es ilícito en Colombia, donde se admite el mandato sin representación, el papel del intermediario no es el de representante, sino el de remplazante de la persona por cuya cuenta y riesgo ha obrado prestándole su propio nombre. Y, entonces, los efectos del acto recaen directamente sobre el patrimonio de dicho remplazante, quien queda obligado a trasferir a la persona remplazada todos los beneficios obtenidos en la operación. Así, si el mandatario encargado de comprar contrata a su nombre, adquiere y se obliga personalmente, sin perjuicio de que el mandante -quien es respecto de terceros ajeno al contrato- pueda exigir, en virtud del mandato, la cesión de los beneficios logrados por aquel. Tal es la solución claramente consagrada en los artículos pertinentes del Código Civil, como también la uniformemente aplicada por la jurisprudencia[13]. En efecto, el art. 500 impone al tutor o curador la obligación de expresar la circunstancia de que obra en representación de su pupilo, so pena de que el acto se repute celebrado en representación de este únicamente si le fuere útil, vale decir, si fuere el caso de evitar un enriquecimiento sin causa de dicho pupilo; el art. 2120 declara que los contratos celebrados por el socio a su propio nombre no obligan a la sociedad respecto de terceros, ni aun en razón del beneficio que ella reporta del contrato, y el art. 2177, en desarrollo del establecimiento legal del mandato con o sin representación, autoriza al mandatario para contratar a su propio nombre o al del mandante: si contrata a su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros.

En suma: la representación requiere que el representante obre a nombre del representado y no al suyo propio. Mas para que un acto jurídico se entienda celebrado a nombre de otro, ¿será

indispensable la expresión formal de dicho nombre? Nosotros no lo creemos Así, salvo el caso excepcional del tutOr o curador, quien, por disposición especial del art. 500, debe expresar cuándo obra en representación del pupilo. En la generalidad de los casos no es necesario que el representante mencione expresamente el nombre de su representado, sino que basta que las circunstancias demuestren inequívocamente que el acto ha sido otorgado a nombre de este último. Para tal conclusión nos fundamos en una declaración terminante de la ley y en la doctrina tradicional al respecto. En primer lugar, el art. 2120, a vuelta de advertir que el socio que contrata a su propio nombre no obliga a la sociedad respecto de terceros, explica que "no se entenderá que el socio contrata a nombre de la :.ociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, o las circunstancias lo mznifiesten de un modo inequívoco", y agrega que "en caso de duda se entenderá que contrata en su nombre privado". Luego, generalizando esta regla particular -como lo son en nuestro Código todas las de la representación-, concluimos que para que el representante actúe a nombre del representado, basta que las circunstancias así lo demuestren inequívocamente. Por ejemplo, si una persona encarga a otra de la gestión de un negocio que tiene establecido en determinado lugar, v. gr., de una agencia de compra
de café, y esta adelanta su gestión anunciando inequívocamente su calidad de
agente de la primera mediante rótulos u otros medio!, análogos, es de presumir que todas las operaciones correspondientes al giro del negocio se realizan por cuenta del mandante y no del agente, aunque se omita la expresión del nombre de aquel en cada una de tales operaciones14. Y la venta que hace el dependiente de un almacén también se reputa celebrada en representación del dueño, sin necesidad de declaracion expresa del nombre de este. En segundo lugar, la tradi-

ción doctrinaria inveterada y constante confirma el carácter general de la regla expuesta. En' el derecho romano, quien contrataba con el capitán (magister) de una nave averiada era admitido a instaurar la actio exercitoria contra el armador(exercitor), por haber confiado este su nave al capitán, constituyéndolo en representante suyo. Desde entonces, la doctrina de los jurisconsultos 15 y las legislaciones modernas lG han perpetuado y generalizado esta solución, que es la que mejor consulta la equidad y la conveniencia práctica.

413. d) EL PODER DEL REPRESENTANTE. En fin, la representación de unapersona por otra supone que esta última tenga facultad o poder suficiente para obrar a nombre de aquella. Así lo exige también expresamente el arto 1505 del Código Civil, que indica, a la vez, los dos orígenes que puede tener dicha facultad: la ley o la voluntad privada. Si la representación es legal, como la que tienen el tutor, el curador y los padres de familia, la misma ley se encarga de f~ar pormenorizadamente los poderes del representante y las condiciones y límites de su ejercicio 17. Si la representación es voluntaria, como la del mandatario, habrá que buscar los poderes del representante en el acto
jurídico que constituye dicha representación. De suerte que, en resumidas cuentas, la apreciación del requisito que se viene exponiendo dependerá del origen de los poderes o facultades del representante: dicha apreciación será un problema de derecho o de hecho, según que la repre-sentación sea legal
o voluntaria, respectivamente\8. '

414. LA FALTA O LA INSUFICIENCIA DEL PODER. La falta de poder o facultad suficiente en la persona que obra a nombre de otra descarta, a lo menos en principio, la representación y sus propios efectos, tanto en el caso de que el otor-

gante del acto carezca en absoluto de todo poder legal o voluntario, como en el de que, teniéndolo, se haya extralimitado en su ejercicio. En ambos casos el acto es inoponible al presunto representado, o sea, que no lo afecta en manera alguna, por ser respecto de él res inter alios actal\). Sin embargo, este principio sufre dos importantes excepciones, a saber:

1 Q) La falta absoluta o la insuficiencia del poder no descarta la representación cuando la persona a cuyo nombre se ha obrado O un representante suyo ratifica o aprueba posteriormente el acto celebrado, pues, entonces, esta ratificación obra retroactivamente y suple la falta o la deficiencia del poder, en virtud del principio ratihabitio mandato aequiParatui2o; y

2Q) Cuando el representante tiene poder aparente para el acto de que se habla y la persona que con él contrata se funda de buena fe y prudentemente en esa apariencia, el representado queda tan obligado como si el poder fuera real y suficiente. Así, cuando el mandatario ha desempeñado su encargo por largo tiempo, llegando a adquirir cierto carácter de permanencia y publicidad, la terminación del mandato no perjudica a los terceros de buena fe que contraten posteriormente con el mandatario aparente dentro del giro normal del encargo que este venía desempeñando. De esta suerte, el mandato aparente produce efectos contra el representad02\. En el mismo orden de ideas: si el representante obra en ejercicio de mandato concebido en términos dudosos que no permitan a los terceros de buena fe determinar con la prudencia debida cuando el acto celebrado con aquel implica realmente una extralimitación de los poderes conferidos, dicho acto obliga al mandante de quien es la culpa de que los terceros incurran en error al respec(022. Pero, según se ve en los ejemplos anteriores, las aplicaciones de la teoría

del mandato ap~rente suponen que las person~s que contratan con el pre
stlOtO mandatano obren de buena fe, porque SI estas han conocido la falta o la deficiencia del poder, es obvio que no pueden prevalerse de la pretendida representación. Por la misma razón, la excepción que se viene analizando no puede tener cabida en punto de la representación legal, cuyos límites y condiciones están señalados en la ley, respecto de la cual nadie puede ser ~ecibido a alegar error o ignorancia.

En fin, conviene precisar los efectos de la falta o la insuficiencia del poder cuando estas no pueden ser suplidas por la ratificación ulterior o por la aplicación de la teoría del mandato aparente. Ya hemos dicho que cuando una persona obra a nombre de otra sin facultad suficiente, la reprersentación queda descartada, a lo menos en principio. Pero ¿significará esto que el acto del representante sea nulo, según lo afirma la antigua jurisprudencia de nuestra Corte Suprema?23. Ciertamente no. Semejante afirmación equivaldría a desconocer la institución legal de la agencia oficiosa, que opera precisamente en los casos de gestión de negocios ajenos sin poder suficiente conferido por la ley o por la voluntad particular. "Pero como también puede suceder -dice la Corte al revisar su primitiva tesis de nulidad- que una persona sin mandato gestione o administre los bienes de otra, la ley regula especialmente este fenómeno bajo el nombre de agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, previendo entre otras cosas que si el negocio ha sido bien administrado, es decir, con provecho y utilidad para el dueño, este debe cumplir los compromisos que el agente oficioso ha contraído en la gestión (art. 2308). Aquí, pues, el dueño queda obligado, no por el fenómeno de un consentimiento prestado por conducto del mandatario, sino por disposición de la ley, que así lo manda para evitar que el dueño se aproveche sin compensaciones de la

actividad benéfica de otro sobre su propio patrhnopio... Nótese que el legislador, cuantas veces ve al mandatario, por necesidad o por otra causa, actuando con respecto a uno o varios negocios del m,~n4ante fuera de los términos del poder, lo reputa agente oficioso"24. '

Esta última doctrina jurisprudencial tiene, a nuestro modo de ver, doble mérito: en primer lugar, sitúa el problema de la falta y la insuficiencia de poderes dentro de la institución legal de la agencia oficiosa, que es su campo propio; y, en segundo lugar, rechaza la idea de la representación en punto de las relaciones entre el dueño del negocio gestionado y los terceros que COntratan con el agente oficioso, explicando que los compromisos queaquel adquiere en favor de dichos terceros encuentran su fuente en las normas legales destinadas a evitar el enriquecimiento injusto, y no en una pretendida representación. En este último punto, la Corte, ciñéndose a la doctrina tradicional, rechaza implícitamente la novedosa teoría que pretende explicar la naturaleza de la representación como simple modalidad de los actos jurídicos, al igual que el plazo y la condición, modalidad a que se atribuye la virtud de producir derechos y obligaciones para el representado por el solo querer de los agentes directos que intervienen en los actos jurídicos. Consecuentemente, los partidarios de esta teoría suponen que el agente oficioso representaría al dueño del negocio, a pesar de la falta de poderes, puesto que para ello bastaría que el primero pactara con los terceros la modalidad consistente en que el acto produjera efectos respecto del segund02!i.

En fin, hay que tener en cuenta que los actos ejecutados a nombre de otro sin poder o con extralimitación del poder comprometen la responsabilidad del agente en favor de quien contrata con él, en tres casos, a saber: 12) cuando el agente promete que una tercera persona, de quien no es legítimo

representante, habrá de dar, hacer o no hacer alguna cosa, y esta tercera persona no ratifica el acto (art. 1507)21;; 22) cuando el mandatario no da suficiente conocimiento de sus poderes a los terceros (art. 2180); y 32) cuando se ha obligado personalmente (ibídem).

415. Los EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN. 12) Dándose todos los requisitos legales de la representación, la eficacia del acto jurídico se desvía del representante hacia el representado, como si este hubiera obrado por sí mismo. Es él quien, en virtud del acto, se convierte en propietario, en acreedor o deudor; es él quien queda libre de la obligación pagada, etc. Dicho de otro modo: los vínculos jurídicos producidos por el acto se atan entre el representado y las personas que negocian con el representante, mientras que la órbita jurídica de este último permanece indiferente, al margen de la operación, lo que se explica suficientemente, por cuanto dicho representante no ha obrado para sí, sino para el representado;

22) Como el representado debe sufrir la eficacia del acto, la capacidad necesaria para celebrado debe apreciarse respecto de él. Por el contrario, como el representante no sufre las consecuencias del acto, no necesita plena capacidad legal para obligarse, sino que basta que tenga el discernimiento suficiente para cumplir su cometido de agente intermediario. Así, los actos del mandatario menor adulto son válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen a estos y al mandante (art. 2154). No así los del mandatario demente, por cuanto este carece del discernimiento indispensable para emitir, a nombre propio o ajeno, una manifestación de voluntad seria y consciente;

32) Como en la celebración del acto jurídico el representante presta SU actividad al representado, es natural que, para determinar el perfeccionamiento y la validez de dicho acto, se

atienda a las circunstancias en que aquel ha realizado su intervención. Así, los vicios de la voluntad del representante, el dolo cometido por él, su conocimiento de ciertos hechos v. gr., del fraude
pauliano cometido por !a persona. con quien contrata, :tc., producen los
efectos que les son propIOs, como SI el representado hubIera actuado direc
27
ramente ; y
42) En la representación voluntaria, la repercusión de la eficacia jurídica del acto en el patrimonio del representado se funda indiscutiblemente en el mandato conferido por él al representante (qui mandat iPse fecisse videtur)28. por consiguiente, también es necesari.o ponderar la actuación del mandante en todos aquellos casos en que su participación, aunque sea remota o mediara enla celebración del acto, interese para la apreciación de los efectos producidos por este. Así, los vicios de la voluntad del mandante no se purgan por el hecho de constituir un mandatario que intervenga en el momento de la celebración del acto. Ni el dolo o el fraude pauliano cometidos por el mandante desaparecen so pretexto de haber utilizado este a un mandatario de buena fe, etc.2~).
Otro tanto puede decirse de la representación legal, en cuanto sea pertinente. Por ejemplo, el dolo cometido por e! menor vicia el consentimiento de la persona que contrata con sus padres o su curador. Solo que, como en la representación legal las funciones de! representante se fundan directamente en sus autorizaciones legales y son independientes y, a veces, hasta contrarias a la voluntad del representado, la apreciación de la conducta asumida por este último únicamente interesa en raros casos, como e! que nos acaba de servir de ejemplo.

III. La naturaleza jurídica de la representación

416. a) LA TEORÍA DE LA FICCIÓN. La qoctrina antigua consideró que la representación es una mera ficción jurídicr" ep cuya virtud el acto respectivo se reputa celebrado personal y directamentd por el representado, de quien el representante es apenas un simple "vehículo de su voluntad"3O.

417. b) LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN. Las críticas formuladas contra la precitada teoría han llevado a la doctrina moderna a proponer otra teoría distinta, según la cual la representación se caracteriza: 12) por la sustitución real y comPleta de la personalidad jurídica del representante a la del representado, y 22) por la desviación de los efectos del acto hacia el patrimonio de este ultimo, dejando intacto e! patriinonio del representante. De suerte que, en lo que se refiere a la celebración misma del acto jurídico, solo se debe atender a la intervención real y directa del representante, en vez de suponer ficticia y arbitrariamente (con la teoría antigua) que dicho acto se celebra personalmente por el representado. Por tanto, para determinar si el consentimiento se ha formado, si está exento de vicios, ete., el análisis respectivo debe hacerse a través de la voluntad y, en general, de la intervención del representante, pues el representado no in terviene para nada en la celebración del acto y hasta su voluntad puede faltar en absoluto, como cuando se trata de una persona futura o moral, o de un demente. Conforme a esta teoría, la personalidad jurídica del representado solo se debe tener en cuenta cuando se va a investigar la eficacia del acto ya celebrado entre otras personas, pues es entonces cuando hay que concluir que dicha eficacia, en virtud de la representación, se desvía hacia el patrimonio del representado, sin modificar la órbita jurídica del representante. Esta desviación ha sido explicada por los expositores de la teoría comentada como una modalidad de los actos jurídicos, a semejanza del plazo, la condición, ete. "Simplemente -dicen COLIN y CAPITANT- en el estado

actual del derecho un acto jurídico puede producir sus efectos en cabeza de una persona distinta de aquella que lo ha celebrado"31. Y LÉvy-ULLMANN afirma al respecto: "La representación es la modalidad en virtud de l#. cual los efectos de un acto ejercido por una persona (el representante) por cuenta de otro (el representado) se producen directa e inmediatamente en cabeza del representad032.

418. CRÍTICA DE LAS ANTERIORES TEORÍAS. En nuestro sentir, ninguna de las dos teorías expuestas antes es satisfactoria, debido a que ambas incurren en exageraciones que alteran las soluciones prácticas atribuidas tradicionalmente a la representación. En efecto, la teoría antigua de la ficción jurídica, que pretende reducir el papel del representante al de mero vehículo o conductor de la manifestación de vpluntad del representado, falla en todas las hipótesis de representación de personas que carecen de voluntad, como el demente, el infante, el niño concebido pero no nacido, las personas morales, ete. Además, esta tesis pugna con ciertas soluciones prácticas generalmente aceptadas por la propia doctrina antigua, por ejemplo, con la necesidad de apreciar los vicios que afectan la voluntad misma del representante para determinar la validez o invalidez del acto de que se trata, lo cual, evidentemente, no se compagina con la idea de que dicho representante es un simple portavoz o mensajero de la voluntad del representado.

Por otra parte, la teoría de la sustitución de la personalidad jurídica del representante a la del representado es manifiestamente exagerada e inexacta, a lo menos en los casos en que aquel obra en virtud de un acuerdo vol un rario con este último. La pretendida sustitución realy comPleta excluye defini

tivamente la apreciación de la voluntad realmente manifestada por el repre sentado, a pesar de que esta constituya, sin

lugar a discusión, el fundamento de la repercusión que dicho representado sufre en su patrimonio, aunque no intervenga materialmente en el acto celebrado en su nombre (qui mandat ipse feci5se videtur). De esta suerte se llega insensiblemente hasta cometer el error de suponer que el representado es un tercero propiamente dicho, llamado a sufrir las consecuencias del acto otorgado entre personas extrañas (su representante y quien contrata con él), únicamente porque estas lo han querido así, de la propia manera que habrían podido querer que los efectos del acto se suspendieran hasta el cumplimiento de cierta condición o de cierto plazo. Semejantes conclusiones, además de ser, ellas sí, ficciones arbitrarias que desconocen el hecho real del consentimiento prestado por el mandante y su concurso mediato en el acto del mandatario, entrañan peligros tan graves e injurídicos como los que acarrea la teoría antigua. En efecto, si se prescinde radicalmente de ponderar la propia actuación de la persona que voluntariamente confía su representación a otra, será necesario entonces aceptar, con todas sus consecuencias, estas tesis: "De modo que es la voluntad del representante, sustituyéndose a la del representado, que participa directa y realmente en la formación del contrato, la que producirá sus efectos en el patrimonio del representado"33. "Desde que el contrato se forma parla declaración de voluntad del representante que es el que concurre a su formación y perfeccionamiento, es también el representante el que hay que tomar en consideración para decidir sobre los vicios del consentimiento"34..Pero, ia qué aberrantes consecuencias conduce esta idea de que el representado es, a duras penas, el dueño de un patrimonio destinado a recibir todo lo que el representante quiera arrojar en él! La sola enunciación de algunas de tales consecuencias hace por sí sola todo el proceso de la teoría. El mandatario podrá extralimitarse en sus poderes como a bien lo tenga, puesto

que es su propia voluntad, con prescindencia de la del mandan te, la que está llamada a crear derechos y obligaciones y a arrojados sobre el patrimonio de este último, "sencillamente porque en el estado actual del derecho un acto jurídico puede producir sus efectos en cabeza de una persona distinta de aquella que lo ha celebrado"35. Si alguien, a base de engaños, me induce a comprar una falsa obra de arte; pero yo, por cualquier circunstancia
y sin explicaciones, confiero poder a un tercero para que celebre el negocio en mi nombre, este será válido a pesar del dolo, porque la voluntad de mi mandatario es sana; y la mía, sobre la cual se ejercieron las maniobras fraudulentas, no cuenta para nada en el análisis del contrato. En el mismo orden de ideas: si yo temo que, de comprar una casa a persona cundida de acreedores y próxima a la total insolvencia, se haya de revocar mi adquisición mediante el ejercicio de la acción pauliana, bastará que yo compre por intermedio de un mandatario inocente, vale decir, que este no participe en el fraude pauliano, para ponerme a cubierto de la persecución de los dichos acreedores; ete.

419. c) LA TEORÍA DEL ÓRGANO DE EXPRESIÓN JURÍDICA. Los graves reparos que acabamos de formular contra las teorías de la ficción y de la sustitución nos inducen a proponer otra explicación de la naturaleza jurídica de la representaciór:., fundada en los fines que han determinado su establecimiento y en la forma como desempeña su papel de medio apto para tales fines.
Si detenemos nuestra mirada en la historia de la institución, verificamos que el nacimiento de la representación ha obedecido siempre a la necesidad imperativa de permitir el acceso al comercio jurídico a las personas que carecen de capacidad legal para negociar ya las que, siendo hábiles para ello, no

pueden obrar directamente en razón de la distancia o de otras circunstancias. De esta suerte, la representación ha venido a desempei1ar respecto de dichas personas el papel de órgano de expresión jurídica de ellas. Así, el representante legal es el órgano que les falta a los incapaces, y el mandatario con poder de representación es un órgano de expresión que se suma al que naturalmente tiene el mandante.

Entendida en esta forma la representación, fluyen natural y lógicamente todas las consecuencias prácticas que a dicha institución se suelen atribuir. Los efectos del acto jurídico se radican en cabeza del representado, porque es este el que actúa por intermedio de su órgano o de uno de sus órganos de expresión jurídica (qui facit per alium facit per se). El representante no sufre las consecuencias del acto, porque no interviene en él para sí, sino a manera de órgano de expresión de otra persona. Los, poderes del órgano de representación varían según su origen y el finpetseguido por esta. Así, el represen
tante legal tiene las facultades que la ley le señala, en vista de la necesidad de suplir el órgano que le falta a la persona representada. Y el representante constituido mediante acto de voluntad del representado está sometido a los poderes que este le confiere según su necesidad o su conveniencia, y está sujeto a la relación de dependencia que, en virtud del mandato, se forma entre ellos. Como en el mandato la representación se funda en la voluntad del mandan te, quien se procura con aquel un órgano auxiliar de expresión, la máxima qui mandat iPse fecisse videtur debe ser aplicada en toda su plenitud y, por consiguiente, se deben apreciar la voluntad y actividades de dicho mandante. Así, el dolo, la violencia, el error, el fraude pauliano, ete., de parte de este último, repercuten sobre el acto jurídico celebrado en su nombre. Pero como en el momento de la celebración de dicho acto el repre-

sentante presta su voluntad y en general su actividad al representado, estas también deben ser apreciadas cuando se trata de resolver si dicho acto se ha perfeccionado y si la voluntad y actividad del representante están exentas de vicios.

420. LA ~ONTRAPOSICIÓN DEL ACTO AL INTERÉS DEL REPRESENTADO. Si el representante realIza un acto que perjudique los intereses del representado, compromete su responsabilidad para con este, desde luego si ha procedido con dolo o con negligencia que ya no le sea permitida. Así, los padres de familia (C. C., arts. 63 y 298), los guardadores (ibídem, art. 481) y el mandatario (ibídem, art. 2155) responden hasta de la culpa leve en el cumplimiento de sus encargos y, con mayores veras, de la culpa grave y del dolo. De suerte que si el representante ejecuta un acto que sea manifiestamente pernicioso para el represemado, debe indemnizarle a este los perjuicios que le irrogue.

Lo anteriormente dicho es una aplicación de las reglas que gobiernan la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones concretas, cualquiera que sea su origen, contractual o legal.

Agrégase a lo dicho que nuestro Código de Comercio, al reglamentar la representación, inspirándose en el Código Civil italiano, omite la precirada solución que surge del régimen general de las obligaciones, y se reduce a sancionar los actos ejecutados por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, otorgándole a este una acción rescisoria de tales actos, "cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero [co-contratante] con mediana diligencia y cuidado" (art. 838, C. C. italiano, art. 1394).

APéndice: El autocontrato

421. PRELIMINAR. Como la figura del autocontrato se presenta solamente en el campo de la representación, para su mejor inteligencia conviene tratar de aquella seguidamente al estudio de esta.

422. CONCEPTO. Se estructura el autocontrato cuando el representante, en ejercicio de sus funciones como tal, realiza un acto jurídico en nombre de su representado y, a la vez, en el suyo propio, bien sea formando con aquel una misma parte en dicho acto, o bien constituyéndose en su contraparte. Así, por ejemplo, se da el autocontrato -también denominado contrato consigo mismo- Cuando el representante se erige en garante de las obligaciones que Contrae para el representado, o cuando estando encargado de comprar o vender, vende cosa suya o compra la que es materia del encargo, respectivamente, o cuando su gestión es la de colocar o tomar dinero y se erige en prestatario o en prestamista del representado, ete. Con otras palabras: se estructura el autocontrato siempre que el representante interviene en un negocio Jurídico, no solamente en nombre de su representado, sino también como parte en el mismo negocio.

423. EL AUTOCONTRATO ANTE LA DOCTRINA. Durante largo tiempo y aun actualmente la opinión de los doctrinantes se encuentra dividida en punto de la viabilidad de tal figura. La discusión al respecto se ha centrado principaI mente en torno a la posibilidad jurídica de que una sola persona pueda prestar el consentimiento plural requerido para toda convención o contrato, y al peligro que entraña el que, pudiéndolo hacer, el auto contratante haga prevalecer su propio interés sobre el de su representado.

Los impugnantes del autocontrato arguyen que es un despropósito jurídico admitir que una persona pueda desdoblarse en dos e, igualmente, parcelar su voluntad única, en forma tal que haga las veces del representado y consienta por él como una de las partes en el contrata, y simultáneamente se autoconstituya en otra parte y consienta por sí mismo. Por ello, algunos de quienes así razonan, pero en vista de la utilidad práctica y del reconocimiento expreso de la figura por legislaciones del siglo pasado y del presente, proponen que se cambien sus denominaciones usuales de autocontrato o contrato consigo mismo por la de acto consigo mismo, ya que, en su sentir, esta correspondería me
jor a su verdadera naturaleza jurídica, que sería la de un acto uniPersonal o unilateral del representante que produciría efectos contractuales%.
Con el mismo propósito de impugnar el autocontrato, se suele poner de manifiesto el conflicto de intereses que este de ordinario implica y que induciría al representante a sacrificar el del representado en provecho del suyo propio, como cuando, por ejemplo, pudiéndose obtener mejores condiciones con un tercero para la venta encomendada, el representante pacta consigo mismo otras condiciones inferiores, ya ciñéndose a las pretensiones mínimas del representado, o hasta induciéndolo a rebajarlas. Se dice que esta, "la influencia indebida", ha determinado a varias legislaciones, como la alemana y la suiza y al derecho inglés, a prohibir en general el autocontrato.
De otro lado, la mayoría de los tratadistas, y nosotros nos sumamos a ella, es partidaria del autocontrato, porque no comparte los argumentos de índole filosóficojurídica en contra de él; porque considera que es una institución de indudable conveniencia práctica, y porque estima que, en muchos casos, no existe el pretendido conflicto de intereses entre el

representante y el representado y que, cuando este;se <!la, puede ser sorteado con precauciones legales, como la exigencia de una aprobación por el interesado o por otro medio.
Tal es la actitud asumida por la mayoría de los expositores alemanes y, entre los que nos son más próximos, por los franceses, los italiar.os y los chilenos, etc. ~7.

Al avocar el examen de la noción lógica del acto jurídico, insistimos en declarar que si bien es cierto que el ser humano y sus actividades han sido loS modelos de que se ha servido el derecho para elaborar sus nociones de la persona o sujeto de derecho y del acto jurídico, aquellos modelos no han sido captados en toda su real dimensión, sino a través de un prisma especial, de donde resulta que estas nociones no pasan de ser versiones parciales adecuadas a la función jurídica, cual es la ordenación coercitiva de la vida social. Vimos, entonces, que el mundo del derecho está poblado por seres humanos Y otros que son entes ideales, pero que tienen con aquellos un distintivo común, la capacidad jurídica que los habilita para ser sujetos de derechos y de obligaciones. Vimos también que el reconocimiento de esta capacidad jurídica no implica el de la aptitud para actuar en el comercio, o sea, el de la capacidad legal, porque el derecho debe proteger a los seres humanos que, por razón de su deficiente desarrollo sicofísico o de su falta de experiencia, carecen de habilidad para defenderse en tal campo, a lo que se agrega, como es obvio, que tampoco cabe suponer que las personas ideales puedan actuar materialmente en dicho comercio. Asimismo, vimos que toda esta construcción jurídica culmina con otra instituciónsui generis que solo se ofrece en este terreno: la refJresentación, que puede ser

legal o convencional. En virtud de la primera, una persona distinta del agente incapacitado para obrar por sí mismo ejecuta el acto jurídico en nombre de este y, entonces, se produce el fenómeno de que dicho acto se reputa cumplido por el incapaz y libre de todo vicio por este concepto. Así, mediante el injerto de un órgano de expresión, las personas morales se materializan y se sanean las deficiencias sicofísicas de las personas humanas. Con la segunda, o sea, la representación convencional, cualquier persona capaz legalmente para obrar por sí misma, también puede hacerla designando a otra que haga sus veces, para que le sirva de órgano de expresión, si por ausencia, o por conveniencia, o por cualquier motivo así lo prefiere.

Ahora bien, si se acoge la tesis de la representación-órgano de expresión, el autocontrato no presenta incompatibilidad alguna con la lógica jurídica. En efecto, según esta tesis, el representante no pierde su propia personalidad; por el contrario, el derecho parte de la base de que este es una persona apta para intervenir por sí misma en el comercio jurídico y, precisamente por ello, Se le confía una misión adicional: la de prestar esa aptitud propia para suplir las deficiencias de los incapaces y también para expresar la voluntad de quienes, siendo capaces, no pueden o no quieren concurrir directamente a la celebración del negocio. Siendo esto así no existe inconveniente lógico alguno en que el representante cumpla simultáneamente la doble función:

que actÚe en su propio nombre y, a la vez, como órgano de expresión del representado, como tampoco lo hay para que, teniendo la representación de dos o más personas, actúe simultáneamente en nombre de ambas o de todas ellas, sin que en ninguna de estas hipótesis se desnaturalicen las nociones de

la convención y del contrato, que solamente requieren un consenso entre las partes, pero no que estas actúen como órganos de sí mismas, ni que cada una de ellas se exprese mediante un órgano diferente.

De lo expuesto se concluye que, en nuestro sentido, la figura del autocontrato es ampliamente defensable en lógica jurídica, sin necesidad de recurrir a argumentos tan especiosos y contrarios al pensamiento latino, como el que supone que en el derecho moderno la obligación ha dejado de ser un vínculo entre personas para degenerar en un lazo material entre patrimonios, lo que permitiría que una sola persona representase simultáneamente esos patrimonios carentes de sus trato humano, ni como el que, so pretexto de que la figura repugnaría a la noción del contrato, pretende justificarla reduciéndolo a la categoría de un acto unipersonal o unilateral con efectos contractuales38.

Otra cosa diferente es que el autocontrato y la representación simultánea de varias personas por una sola ofrezca el peligro de infidelidad del representante, por lo cual tradicionalmente la doctrina, la jurisprudencia y la ley han procurado conjurarlo, bien sea proscribiendo tales figuras, bien reconociéndolas con limitaciones y precauciones.

424. EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Nuestro Código Civil, a imitación de sus modelos, no contiene una reglamentadón general del autocontrato, bien sea para admitirlo, o bien para proscribirlo. Pero de sus varios textos referentes a él, ubicados especialmente en la administración de las guardas y del mandato, se infiere que la figura sí fue acogida como una construcción viable en lógica jurídica, si sequiere como una especie contractual sui generis, aunque excepcionalmente prohibida en ciertos casos y, en otros, sometida a precauciones enderezadas a conjurar un peligro eventual para

los intereses del representado. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro actual Código de Comercio.
Frente a este reconocimiento expreso del autocontrato por parte del legislador, quedan fuera de lugar las disquisiciones doctrinarias encaminadas a negar la validez de esta figura jurídica o a limitar su efectividad a los casos en que la ley se refiere a ella, pues tales casos son aplicaciones del principio general que informa nuestra legislación, según el cual "está permitido lo que no se encuentra prohibido"3~).

Para mejor inteligencia de este tema conviene examinar sucintamente y en su conjunto las aludidas normas tocantes al autocontrato.

425. EL CÓDIGO CIVIL. Se refiere al autocontrato de los representantes legales y al de los representantes convencionales.

426. EL AUTOCONTRATO DE LOS GUARDADORES. El tutor o curador puede autocontratar con su pupilo, o sea que puede realizar ese acto en que obra simultáneamente en nombre de este y en el suyo propio. Pero, en defensa de los incapaces y para prevenir una actuación dolosa de sus guardadores, el Código sienta esta regla general: "Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o de
sus padres o hijos naturales, o de sus hermanos legítimos o naturales, o de sus
consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, o de su
padre y madre adoptantes o hijo adoptivo, o de alguno de sus socios de co

mercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tUtOres o curadores generales que no estén implicados de la misma manera,
o por el juez o prefecto en subsidio. Pero ni aun de este modo podrá el tu
tOr o curador comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes
legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo" (art. 501). Aplica
ción de esta misma regla es la relativa al autopago por el guardador de deudas en su favor ya cargo del pupilo (art. 499).
Por el contrario, y precisamente por considerarse lógicamente viable el autocontrato, queda excluido, aunque medie la autorización de otros guardadores o del juez, cuando el negocio tenga por objeto la compraventa o el arrendamiento de bienes inmuebles del pupilo. Obedece esta prohibición a
la protección especial, hoy ya no justificada, que el Código quiso prestarlc a la propiedad inmueble, no así a la mueble que puede tener valor muy superior al de aquella.

427. EL AUTO CONTRATO DEL PADRE DE FAMILIA. Con el doble criterio de que el padre de familia está unido al hijo por los vínculos del más entrañable afecto, lo que hace presumir que habrá de prestar el mayor celo en la protección de los intereses económicos de este, y que, además, tiene sobre los bienes del hijo el usufructo legal, la ley no lo somete a reglas tan estrictas
como las dictadas para los guardadores4O.

Excepcionalmente y debido a la importancia !atr1buida a la propiedad inmueble, la enajenación y la hipotecación de est~ sí' requieren la licencia judicial y la pública

subasta para la venta. Fuera de esto, el padre de familia goza de la mayor amplitud en la administración de los bienes del hij041.

En lo tocante al autocontrato del padre de familia, hay que concluir que no estando prohibido, está permitido con una excepción resultante de la prohibición general de los contratos de venta y de permuta entre padres e hijos de familia, determinada no ya por el propósito de proteger los intereses del hijo, sino por la necesidad de defender a los terceros contra estos actos de enajenación que podrían prestarse a maniobras indebidas y perjudiciales para aquellos (arts. 1852 y 1957)42. De esta suerte, estando actualmente la patria potestad atribuida conjuntamente al padre y a la madrél, es ilícita la celebración de los mencionados contratos entre cualquiera de aquellos y el hijo, aun mediando licencia judicial o la autorización del otro padre, como también queda descartado el autocontrato de venta o de permuta de dichos padres con el hijo representado por ellos.

428. EL AUTOCONTRATO DE LOS REPRESENTANTES CONVENCIONALES. Como es obvio, si el mandante ha autorizado al mandatario para autocontratar, este puede hacerla y, por el contrario, si se le ha prohibido, no puede hacerla.

Pero la cuestión se propone principalmente cuando no existen tales autorizaciones ni prohibiciones. En tal caso, la regla general es la de que el mandatario sí puede contratar consigo mismo el negocio encomendado, mientras la ley no se lo prohíba o exija la aprobación del mandan te, como sucede en los dos casos excepcionales contemplados por los arts. 2170 y 2171.

El segundo de estos textos expresamente autoriza al mandatario "encargado de tomar dinero prestado para prestarlo el mismo al interés designado por el mandante o, a falta de esta

designación, al interés corriente", y esto porque, repetimos, la regla general es la de que el mandatario puede contratar consigo mismo el negocio encomendado, desde luego ateniéndose a las instrucciones del mandante, so pena de incurrir en responsabilidad (art. 2173). Por el contrario, "facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo para sísin aprobación del mandante", lo que se explica porque la confianza depositada por este para la gestión del negocio puede no llegar hasta darle credito ai mandatario respecto de su solvencia económica.
El art. 2170 también requiere la aprobación del mandante para que el mandatario pueda comprar las cosas que aquel le ha encargado vender, o para vender de lo suyo lo que aquel le ha ordenado comprar, regla esta que también es aplicable a ios síndicos de concursos y a los albaceas (art. 1856). En este caso se quiere evitar que el representante se aproveche para venderse por un precio inferior al que se podría obtener de un tercero y, a la inversa, para que le venda lo suyo al mandante por un precio superior al que un tercero estaría dispuesto a pedir.
Nótese que los precitados casos de excepción están confirmando el aserto de la relevancia jurídica del autocontrato, porque la ley no exige en ellos la autorización previa, sino la aprobación, que puede ser posterior a la celebración del contrato.

429. EL CÓDIGO DE COMERCIO. Tomando como modelo el Código Civil italiano en punto de la reglamentación de la representación, nuestro actual estatuto mercantil también admite, en general, el auto contrato del representante y, así mismo, la gestión simultánea de este a nombre de dos o más representados, pero en ambas hipótesis exige la autorización del represen

tado o de los representados, respectivamente (art. 839).
Se ha dicho que la referida autorización necesariamente ha de ser previa, so pena de nulidad del negocio, lo que nos parece correcto, pero sin perder de vista que el acto anulable por tal concepto puede ser ratificado por el interesado (art. 844).

430. LA SANCIÓN LEGAL DEL AUTOCONTRATO. Repetimos que, estando autorizado en forma general y por aplicación del principio de que está permitido lo que no se encuentra prohibido, la sanción también general del autocontrato es su reconocimiento como una operación válida.
Pero si la ley, por vía de excepción y en atención al estado o condición de las personas, les prohíbe la celebración de determinado contrato, es claro que estas tampoco pueden hacerla adoptando la forma del autocontrato, porque, según ya lo sabemos, tal prohibición constituye una incapacidad particular que afecta la validez del negocio, o sea, que genera la nulidad de este, la que puede ser absoluta o relativa, según los motivos que hayan determinado el establecimiento de dicha incapacidad particular. Es absoluta cuando la prohibición obedece a la defensa del orden público o de terceros, y es relativa cuando se endereza a la protección del interés privado de alguna de las partes. Así, estará viciada de nulidad absoluta la compraventa o la permuta entre padres e hijos de familia y, consiguientemente, el autocontrato de tales especies celebrado por los padres, porque en tal caso la prohibición se endereza a proteger los intereses de los terceros. En todos los demás casos ya examinados del auto contrato la nulidad es relativa, y solamente puede ser invocada por quien se trata de proteger: el pupilo, el hijo, el mandante, etc.

SECCIÓN II

LOS EFECTOS GENERALES DE LOS ACTOS JURÍDICOS RESPECTO DE LOS TERCEROS

CAPÍTULO I

EL POSTULADO DE LA RELATIVIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

431. CONCEPTO, El postulado se suele enunciar diciendo que "los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a los terceros" (res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest). Pero esta fórmula, tomada al pie de la letra, peca de simplismo e inexactitud, porque sugiere la idea falsa de que la eficacia de los actos jurídicos queda circunscrita estrictamente al círculo de los agentes directos, cuando en realidad ella se proyecta sobre la situación jurídica de personas que en manera alguna han intervenido en el acto y que hasta ignoran su otorgamiento. Visto está que las convenciones, los contratos y también ciertos actos unipersonales o unilaterales son una ley para las partes, respecto de las cuales producen derechos y obligaciones y les imponen una conducta leal y diligente en su ejecución. Mas el concepto de partes no se identifica con el de agentes materiales, pues, en virtud de la figura sui generis de la representación, lo que una persona ejecuta en nombre de otra, estando facuItada para hacerla, produce respecto de esta los mismos efectos que si hubiera actuado por sí misma; generalmente, los derechos y las obligaciones de las partes pasan de estas a sus causahabientes o

sucesores universales y, en ciertas condiciones, a sus sucesores o causahabientes singulares; la situación de los acreedores de las partes, especialmente la de los acreedores quirografarios o balistas, también se mejora o desmejora en razón de los actos realizados por sus deudores, en la medida en que el patrimonio de estos aumenta o disminuye; y, en fin, ciertos actos jurídicos son oponibles a personas extrañas a las partes. De suerte que lo único que se puede decir respecto al influjo de la eficacia de los actos jurídicos es que, salvas excepciones legales, estos no producen derechos ni obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración y que, además, no tienen vinculación alguna con las partes, o sean los terceros, en sentido estricto, o penitus extranei, lo cual se justifica, ya que la participación voluntaria o consentimiento es requisito esencial para la radicación subjetiva de los mencionados efectos de los actos jurídicos.

De lo dicho se concluye que lo verdaderamente relativo es el propio postulado de la relatividad de los actos jurídicos. Bien hizo, pues, el señor BELLO al omItIr en nuestro CódIgo ClVIL la formula del art. 1165 del Código de Napoleón, a cuyo tenor "las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes: ellas no dañan a los terceros y ellas no les aprovechan".

Por consiguiente, para apreciar en su real dimensión el ámbito personal de la eficacia de los actos jurídicos, se impone la determinación de los conceptos de partes y terceros, para así poder apreciar la posición de unas y otros frente a dichos actos y a su vigor normativo.

1. Partes en los actos jurídicos

432. CONCEPTO. Según quedó enunciado, la expresión partes no se identifica con la de agentes que participan directa y materialmente en el otorgamiento de un acto jurídico, sino que ella cobija también a quienes, sin obrar en tal forma, han sido representados por esos agentes, a lo que se agrega que, así ampliado el concepto, este se extiende a los causahabientes o sucesores de quienes originalmente han actuado directamente o por representación.
Este planteamiento implica la necesidad de examinar por separado la situación de las mencionadas personas, a saber:
433. a) Los AGENTES DIRECTOS. Es obvio que quien interviene personalmente en un acto y presta su consentimiento para adquirir los derechos y contraer las obligaciones objeto de aquel, queda sujeto a todos los efectos
derivados del postulado de la normatividad de dicho acto, como también a los de la buena fe y la diligencia que gobiernan su ejecución. Tales agentes son, pues, pdrtes por excelencia.
!
434. b) LAS PERSONAS REPRESENTADAS. Para que una persona se repute parte en un acto, no es necesario que intervenga materialmente en él, sino que basta que otra, estando legal o convencionalmente facuItada para hacerla, actúe en nombre de aquella. En tal caso, la eficacia del acto se radica directamente en el representado, quien así adquiere la condición de parte, mientras que la órbita jurídica del representante no sufre alteración alguna.

435. c) LOS CAUSAHABIENTES DE LAS PARTES. Causahabiente o sucesor es la persona que recibe de otra, llamada a su vez causante o autor, uno o más derechos u obligaciones, bien sea por acto entre vivos, o bien por causa de muerte. Así, el comprador, el donatario, el heredero y el legatario son

causahabientes o sucesores del vendedor, del donante y del difunto, respectivamente, y estos, a su turno, son los causantes o autores de aquellos.

436. CLASIFICACIÓN DE LOS CAUSAHABIENTES. La sucesión jurídica que relaciona al causante o autor con sus causahabientes o sucesores puede ser de dos grados, a saber: a título singular, cuando se refiere a uno o más derechos u obligaciones limitadamente determinados, como cuando se trata de la venta o donación de uno o más bienes del causante, y a título universal, si se refiere a la totalidad o a una cuota del patrimonio de este, como la mitad, o el tercio, o la décima parte. En el primer caso, se dice que el sucesor y causahabiente es singular, y en el segundo se dice que es universal.

Pues bien, esta distinción entre los sucesores o causahabientes es de seíi.alada importancia en punto de los efectos de los actos jurídicos celebrados por el causante, ya que tales efectos varían fundamentalmente según la categoría a que aquellos pertenezcan, como adelante lo veremos.

Para terminar estas nociones preliminares, también es muy importante no perder de vista que en nuestro derecho no se admite la sucesión universal por acto entre vivos, es decir, la trasferencia de la universalidad jurídica patrimonial integrada por todos los derechos y obligaciones presentes y futuros, ciertos e inciertos, conocidos y desconocidos, vinculados a una persona, ni tampoco de una cuota cualquiera de dicha universalidad. Por tanto, la categoría de los causahabientes o sucesores universales está limitada entre nosotros a los herederos de una persona difuntal. Por el contrario, la sucesión en uno o más derechos u obligaciones limitativamente determinados puede realizarse indistintamente por causa de muerte o por acto entre vivos y el calificativo de causahabientes o sucesores singulares cobija, por igual, a los legatarios, a los

compradores, a los donatarios, a los cesionarios de créditos y, en general, a quienes adquieren derechos u obligaciones determinados en la forma indicada.

437. Los EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS RESPECTO DE LOS CAUSAHABIENTES UNIVERSALES. Los causahabientes o sucesores universales, es decir, les herederos, suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles y
lo representan a prorrata de sus respectivos intereses hereditarios!(c.lC., art. 1155). La muerte de una persona no produce la desintegración de su patrimonio, sino que todos los elementos activos ypasivos que lo componen continúan unidos entre sí y se trasmiten a los herederos, quienes vienen a ocupar el lugar de aquella (habent omnem causam et jus auctoris) y a representarla, continuando así su personalidad jurídica. Y si los herederos son varios, cada uno de ellos cumple esta función a prorrata de su respectiva cuota sucesora.

Siendo así esto, la lógica del sistema impone un corolario obligado, cual es la continuación de los efectos de los actos jurídicos respect? de los causahabientes universales o herederos de las partes originarias. Perfeccionado un contrato de
compraventa, por ejemplo, la muerte del vendedor o del comprador no modifica la eficacia del contrato, sino que los derechos y las obligaciones que aquel otorgara o impusiera al difunto se trasmiten a sus herederos, quienes vienen a ocupar su lugar. De ahí que el art. 1122 del Código Civil francés diga superfluamente que "se considera que uno ha estipulado para sí y para sus herederos". Esta es una regla que se desprende naturalmente del sistema sucesoral establecido en Francia y que, en este punto, es igual al nuestro.

Sin embargo, la precitada regla general, conforme a la cual los efectos de los actos jurídicos continúan produciéndose en

cabeza de los herederos de las partes o agentes, sufre tres excepciones, a saber:

438. 1"') EXCEPCIÓN RESULTANTE DE LA NATURALEZA DEL ACTO. Los actos jurídicos intuitu personae terminan, o sea que su eficacia cesa con la muerte de la parte o partes cuya personalidad o cuyas calidades fueron el motivo determinante de la celebración de aquellos.

Pero, a este respecto, hay que distinguir los actos jurídicos en que el intuitu personae se refiere a todas las partes, y aquellos en que tal característica solo versa sobre una de ellas. En los primeros, el acto termina y deja de producir efectos por la muerte de cualquiera de las partes, como sucede en la sociedad civil de personas y en el mandato, contratos que reposan en la confianza mutua que se dispensan los contratantes. En los segundos, solo hay lugar a su terminación en caso de muerte de la persona cuya existencia o cuyas calidades se tuvieron principalmente en mira. Así, el contrato de trabajo termina por la muerte del trabajador, y el de confección de obra material por la muerte del artífice. Pero la muerte del patrón o la de quien ha encargado la obra, respectivamente, no pone fin a estos contratos, cuyos efectos se trasmiten entonces del difunto a sus herederos2.

439. 2"') EXCEPCIÓN RESULTANTE DE LA NATURALEZA DE CIERTOS EFECTOS DEL ACTO. Algunos actos jurídicos generan derechos personalísimos que, como esta expresión lo indica, están íntimamente vinculados a su titular y no pueden trasmitirse a los herederos de este. Así, los derechos de uso y habitación y el que resulta del pacto de retroventa se extinguen con la muerte de sus titulares originaribs.

440.3"') EXCEPCIÓN RESULTANTE DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. Al celebrar un acto jurídico los agentes

pueden estipular que, contrariamente a la regla general, los efectos de este terminen con la muerte de alguno de ellos, o sea que no se trasmitan a los herederos del difunto. Por ejemplo, si se ha pactado en el contrato de arrendamiento de cosas que este termine a la muerte del arrendador o del arrendatario, o de cualquiera de estos, ocurrida aquella los herederos del difunto se liberan del contrato, lo que no sucedería de faltar dicha estipulación.

441. Los EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS RESPECTO DE LOS CAUSAHABIENTEs SINGULARES. Los causahabientes o sucesores a título singular, como ellegatario, el comprador, el donatario y el cesionario de un crédito, no tienen otra vinculación jurídica con su causante o autor que la producida por el desplazamiento de uno o más derechos determinados que salen del patrimonio de este para ingresar en el de aquellos (habent causam auctoris propter rem singulam). En todo lo demás dichos causahabientes son, en principio, completamente extraños a la situación jurídica de su autor: no representan a la persona de este y nada tienen que ver con los otros derechos y obligaciones que integran su patrimonio. Por tanto, los actos jurídicos celebrados por dicho autor en relación con estos otros derechos y obligaciones no afectan ni pueden afectar a sus causahabientes a título singular para quienes son res in ter alios acta.

Pero hay que tener en cuenta, de otro lado, que la situación jurídica de los bienes que están en el comercio se va determinando en el curso de su existencia, principalmente en virtud de los actos celebrados por sus dueños sucesivos, quienes pueden desmejorarlos o gravarlos, como también mejorarIos y acrecentarIos. Así, el dueño de un predio puede gravarIo con hipotecas o con servidumbres pasivas, como también puede edificar en él y beneficiarIe con servidumbres activas; el titular de un crédito puede pignorarlo o cederIo en parte y

también puede garantizarlo con cauciones reales o personales, etc. Esta situación jurídica de los bienes viene a convertirse así en una especie de estado civil de estos, que se conserva adherido a ellos, a pesar de que se vayan trasmitiendo de unas personas a otras. Más aún, lo que verdaderamente importa desde el punto de vista jurídico es la tradición de este seudo-estado civil de los bienes, y no el simple tránsito material de ellos de unas personas a otras. De lo dicho se concluye que, por este aspecto, los actos jurídicos realizados por los antecesores de quien adquiere una cosa a título singular le aprovechan y le perjudican como si él hubiera intervenido personalmente en tales actos.

Precisando un poco más la condición de los causahabientes a título singular frente a los actos celebrados por sus causantes y, en general, por sus antecesores, tenemos lo siguiente:

1°) Nadie puede traspasar mayor derecho que el suyo propio (nema plus juris ad alium transferre potest qua m iPse habet). Luego, 'si el derecho del causante está sometido a causales de revocación, resolución o anulación, o a modalidades o gravámenes provenientes de actos suyos o de sus antecesores, el causahabiente adquiere tal derecho sometido a las mismas causal eS , modalidades o gravámenes. Por ejemplo, si el causante ha dejado de pagar una parte del precio de la compraventa del bien que posteriormente le enajena al causahabiente, la condición resolutoria del primer contrato continúa vigente y puede circunstancialmente ser aducida contra dicho causahabiente. y si el causante ha constituido servidumbres o hipotecas sobre el bien, tales gravámenes también tienen que ser soportados por el causahabiente~ .

2Q) A la inversa, las ventajas inherentes al bien traspasado benefician al causahabiente singular. Si este, por ejemplo, ha comprado una heredad, la adquiere con las servidumbres activas existentes al tiempo del contrato; y si se trata de la

cesión de un crédito, el cesionario lo adquiere con todas sus seguridades y accesorios, como fianzas, prendas, hipotecas, intereses, etc.
De suerte que, en resumen los adquirentes a título singular reciben provecho o perjuicio de los actos jurídicos celebrados por sus antecesores, en cuanto tales actos se refieran a la constitución misma del derecho traspasado y en cuanto sean anteriores a la adquisición por parte de aquellos. Este Último requisito se explica sin mayor esfuerzo 'solamente con tener en cuenta que entre el causante y el causahabiente a título singular no existe vínculo alguno distinto del producido por el traspaso de un bien determinado, y que, una vez verificado este traspaso, el causante pierde cualquier control que antes tuviera sobre dicho bien.
3Q) Pero hay más: excepcionalmente, en casos contadísimos taxativamente señalados por la ley, ciertos actos jurídicos celebrados por el causante pueden producir efectos respecto de sus causahabientes a título singular, a pesar de que tales actos no se refieran ya a la constitución misma del derecho traspasado, sino que solamente se hayan celebrado con motivo de existir este derecho en el patrimonio de aquel. Así, el comprador de cosa arrendada puede estar obligado a respetar los contratos de arrendamiento celebrados por el vendedor, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública, yel donatario de dicha cosa tiene la misma obligación en todo caso (C. C. art. 2020). y el adquirente de un establecimiento o empresa se sustituye como patrono en los contratos de trabajo anteriormente celebrados por el enajenante de dicho establecimiento o empresa (C. S. del T., arts. 67 y SS.)4.
En síntesis: los causahabientes singulares son, en principio, terceros frente a los actos de su causante que no se refieran a la constitución de los derechos determinados materia de la sucesión, o que sean posteriores al momento en que esta se

efectúa; pero, excepcionalmente, ciertos actos del causante que, aunque no toquen con la constitución del derecho traspasado, hayan sido anteriormente celebrados con motivo de este, sí obligan al causahabiente, o sea que lo erigen como parte en tales actos.

II. Los actos jurídicos y los terceros

442. PRELIMINAR. Así como la determinación del concepto de partes en un acto jurídico nos llevó a formular una enumeración de las varias personas que se reputan como tales, debemos proceder en igual forma para perfilar la categoría de los terceros.

443. Los TERCEROS ABSOLUTOS. En principio esta categoría está formada por todas aquellas personas ajenas al acto jurídico y que no tienen vinculación alguna con las partes (Penitus extranei): quien pasa frente a la notaría donde se está firmando una escritura de compraventa, el policía de la esquina, etc. A estas personas sí se les aplica el postulado de la relatividad de los actos jurídicos, pero únicamente con el alcance que ya puntualizamos al enunciado: los actos ajenos (res inter alias acta) ni las obligan ni les confieren derechos.

444. Los TERCEROS RELATIVOS. Pero todavía hay más: aparte de los terceros absolutos o penitus extranei en sentido estricto, conforme acabamos de determinados, la doctrina ha incluido en esta categoría y para ciertos efectos especiales a otras personas que sí tienen vinculaciones jurídicas con las

partes, a saber: a) los asignatarios sucesorales forzosos, y b) los acreedores.

445. a) Los ASIGNATARIOS SUCESORALES FORZOSOS. Visto está que los causahabientes universales o herederos se reputan en principio como partes, en los actos celebrados por sus causantes, en cuanto aquellos son continuadores de la personalidad de estos, y así los representan y les suced~n en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles. Pero no obstante esta calificación general, la doctrina se ha visto precisada a considerar como terceros a los legitimarios forzosos para proteger sus intt'jreses legítimos contra los actos de sus causantes. Repetimos que en ColOlnbi,a la libertad de testar está limitada mediante las asignaciones forzosas a ci~rtas personas y que el testador debe respetar o, si no, ellas se imponen por ministerio de la ley. Tales son las pensiones alimenticias legales, la porción conyugal que compete al cónyuge supérstite, las legítimas rigorosas y la cuarta de mejoras de los descendientes del testador.
Puede ocurrir, entonces, que las mencionadas asignaciones prescritas por la ley resulten lesionadas, no solamente por el testamento, sino también por actos simulados realizados en vida por el causante para eludidas o para mermar su importe. En tales circunstancias, a los asignatarios forzosos se les otorga la acción de reforma del testamento y la de simulación, enderezadas a reintegrar el acervo sucesoral y, consiguientemente, las asignaciones vulneradas y, para este efecto, se les tiene como terceros frente al acto, porque al impugnado ya no obran como sucesores del causante, sino en defensa de un derecho propio de ellos atribuido por la ley. De esta suerte, los titulares de las legítimas rigorosas y de la cuarta de mejoras, a pesar de ser herederos, ya 00 se miran como j;artes, sino como terceros".

446. b) Los ACREEDORES. Como es sabido, el derecho romano primitivo desconoció el concepto abstracto de la obligación: en los primeros siglos de Roma solamente existió el concepto del "obligado", que era el de un ciudadano sui juris, quien en virtud de una damnatio, tenía que trabajar como esclavo en casa de otro, cargado de cadenas, de donde le vino el nombre de obligado (ob-ligatus).

Es decir que el derecho romano primitivo consideró que todos los derechos patrimoniales eran vínculos puramente materiales y concretos, que unas veces recaían sobre una cosa utilizada por el titular (jus in re) y otras sobre la persona obligada (jus in persona), también reducida así a la categoría de cosa.

Pero, a partir de una ley (Poetelia PaPiria) del año 457, se redimió a los
deudores de la esclavitud, la venta y la muerte, antes permitidas, y así comenzó a formarse el llamado concepto abstracto de la obligación, para significar que esta ya no recae directamente sobre la persona del deudor, sino que, en virtud del Edicto Rutiliano (del pretor Publius Rutilius, año 636), que introdujo la venta de los bienes (venditio bono rum), dicho deudor paso a responder con su patrimonio".

Tal es el concepto que consagran el art. 28 de nuestra Constitución Política: "En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas...", y el arto 2488 del Código Civil: "Toda obligación personal da al acreedor derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los
no embargables...", texto este complementado por el art. 2492 ibídem, que explica que el mencionado derecho de persecusión autoriza a los acreedores para exigir la venta de los bienes embargables del deudor, para que, con, el producto, se

les satisfagan sus créditos, totalmente o a prorrata, sin perjui~io
de las causas de preferencia.

El reseñado sistema, según el cual en el derecho moderno el cumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad de los deudores están garantizados por los bienes que integran el patrimonio de estos, ha dado lugat al aforismo que expresa que "el patrimonio del deudores la prenda común de sus acreedores", el que no puede ser tomado al pie de la letra, porque induciría a pensar erróneamente que los acreedores quirografarios o balistas, que son los que carecen de una garantía específica, como la hipoteca o la prenda propiamente dicha, sí tendrían un derecho real sobre cada uno de los bIenes singulares del deudor, con la consecuencia absurda de que cualquiera de ellos, al perseguir uno de tales bienes, podría invocar frente a los demás acreedores de la misma clase el derecho de preferencia para la satisfacción de su crédito, en vez de concurrir con ellos al prorrateo establecido por la ley1.

De otro lado, hay que advertir que la comentada garantía genérica o "prenda común" de los acreedores no priva al deudor de la libre administración de sus bienes, mientras no haga cesión de ellos (concurso voluntario), o mientras no sea concursado por sus acreedores (concurso forzoso) o declarado en quiebra, si es comerciante. De donde se colige que si esta administracion del deudor deviene fraudulenta, los acreedores que han depositado su confianza en él pueden resultar lesionados cuando los actos celebrados por este 10 coloquen en estado de insolvencia, o sea, en situación de que sus bienes ya no alcancen a cubrir sus deudas, o agraven tal estado de insolvencia. En estas circunstancias, la ley otorga a los acreedores la acción de simulación, que les permite impugnar los actos ficticios del deudorH, y la acción pauliana

enderezada a obtener la revocación de los actos de este que, aun siendo reales, impliquen un fraude a los acreedores9.
En conclusión: los actos jurídicos del deudor, realizados en ejercicio de la libre administración de su patrimonio, son oponibles a sus acreedores, aunque afecten la garantía general que estos tienen sobre dicho patrimonio, lo cual no les resta a dichos acreedores su condición de terceros, porque tales actos no les confieren derechos distintos de sus créditos ni pueden imponerles obligaciones no consentidas por ellos. Y, además, esta calificación de terceros frente a las partes sobra aún mayor relieve cuando los actos del deudor, por ser simulados o reales pero fraudulentos, pueden ser impugnados por dichos acreedores, a quienes entonces son inoponibles, punto este donde la
mencionada calificación de terceros resulta evidente.

447. LA CALIFICACIÓN DE LOS ACREEDORES COMO CAUSAHABIENTES DEL DEUDOR.

A partir del último cuarto del siglo pasado se entronizó en la! ddctrina y la jurisprudencia francesas la idea de que los acreedores quirogriafarios serían causahabientes o sucesores universales del deudor, y así deberían ser tratados frente a los actos jurídicos celebrados por este.

El autor de tal idea fueBAUDRy-LACANTINERIE, "el último de los exegetas", quien, basándose en una comparación artificiosa, llegó a la conclusión de que la situación de los acreedores desprovistos de una garantía específica es análoga a la de los herederos, los legatarios y los donatarios a título universal. La sustancia de esta teoría es, a saber: los causahabientes últimamente mencionados suceden a su cau-

sante en todos sus derechos y obligaciones tras misibles, en forma tal que si el patrimonio de este, integrado por esos derechos y obligaciones,. ~um:?ta o disminuye en razón de los actos que él mismo
célebre, la partlClpaClon sucesora} de aquellos se aumenta o disminuye en la
misma proporción. Lo propio sucedería, según la teoría que se comenta,
respecto de los acreedores quirografarios: estos tienen un "derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor"; por consiguiente, si él enajena
bienes de su activo o contrae nuevos pasivos, perjudica la "prenda" de sus acreedores y, a la inversa, si adquiere más bienes o merma sus deudas, favorece dicha "prenda". Conclusión: el postulado de la relatividad de los actos
jurídicos no puede predicarse respecto de los acreedores quirografarios, porque estos, al igual que los otros causahabientes universales, se benefician o perjudican por los actos de su deudor.

LABORDE-L'\cOSTE 10 y, posteriormente, BONNECASEII, critican la precitada tesis que ellos tachan de ser el fruto de un examen superficial del alcance que reviste "el derecho de prenda general de los acreedores", el cual no versa sobre todo el patrimonio del deudor, universalidad jurídica que comprende todos sus derechos y obligaciones, sino sobre los primeros, o sean los derechos que forman el activo patrimonial, a lo que se agrega que esa garantía general la tienen los acreedores por ministerio de la ley, que se la otorga simultáneamente con la adquisición de los créditos, y no porque el deudor se la trasfiera. Por el contrario, los verdaderos causahabientes universales sí adquieren todos los derechos y obligaciones trasmisibles del causante y, como sucesores suyos y representantes de su personalidad, pueden reclamar

los primeros y no pueden eludir el cumplimiento de las segundas. Por tanto, prescindiendo de esa concepción equivocada que supone que los acreedores quirografarios adquieren por trasferencia o sucesión del deudor la garantía que la ley les otorga sobre los bienes o activo patrimonial de este, los nombrados civilistas atienden en forma exclusiva al derecho crediticio propiamente dicho, al crédito concreto correlativo a la obligación del deudor, para concluir que los acreedores comunes n~ serían causahabientes universales, sino singulares de dicho deudor. "Los elem~ntos concretos y activos de un patrimonio [derechos reales y crediticio~, aclaramos] -dice BONNECASE- se dividen en elementos originarios y en e~ementos derivados... según que los derechos que los constituyen provengan del solo hecho del dueño del patrimonio o que le hayan sido trasmitidos... Los créditos son necesariamente derechos derivados, puesto que suponen para nacer en provecho de su titular una segunda
persona de la que provienen, y contra la cual existen en adelante" 12. En consecuencia, los acreedores quirografarios no son causahabientes universales del deudor, en razón de la facultad que la ley, no este, les atribuye para perseguir sus bienes, sino que serían sus causahabientes singulares, porque el crédito de ellos, derecho determinado y concreto, al igual que el derecho real de
hipoteca o de prenda, proviene o deriva del hecho que realiza dicho deudor.

448. CRÍTICA DE LA CALIFICACIÓN DE LOS ACREEDORES COMO CAUSAHABIENTF.s.

En nuestro sentir, y según lo han declarado civilistas modernos de gran autoridadl3, los acreedores quirografarios no soncausahabientes, ni universales ni singulares de su deudor, sino que frente a los, actos realizados por este son terceros.

Las voces causahabiente o sucesor, según ellas mismas lo están diciendo suponen la sucesión de derechos o de obligaciones del patrimonio de una persona al de otra. Por tanto, suponer que un acreedor de cualquier clase es un causahabiente de su deudor, equivale al despropósito de afirmar que el crédito de aquel ya existía en el patrimonio del deudor; que este ya era acreedor de sí mismo y que posteriormente le traspasó tal derecho a su acreedor. El absurdo de semejante aserto salta a la vista con la sola inversión del ángulo desde donde se contemple el vínculo obligatorio: con la misma sin razón que se dice que el acreedor es un causahabiente del deudor, se podría afirmar que este es un causahabiente de aquel; que la deuda ya existiría en el patrimonio del acreedor y que posteriormente se traspasaría al deudor.

El vínculo obligatorio, cualquiera que sea su fuente, nace en su integridad lógica en un solo momento; el acreedor adquiere su crédito originaria mente y, simultáneamente y en la misma forma, el deudor contrae su deuda correlativa. Entre los sujetos activos y pasivos de dicho vínculo no se efectúa sucesión alguna. La tesis que reputa a los acreedores como causahabientes singulares del deudor, por cuanto sus derechos crediticios "suponen para nacer en provecho de su titular una segunda persona de la que provienen, y contra la cual existen en adelante", no pasa de ser un juego de palabras totalmente vacío de razonamiento lógico: de manera que quien comete un delito y, por ello, la ley le impone la obligación de indemnizar a la víctima, primeramente contrae tal obligación y el derecho crediticio correlativo, constituyéndose así "originariamente" en acreedor de sí mismo, y después le traspasa dicho derecho a la víctima, ¿"en adelante" será su titular? La respuesta a este interrogante basta para descartar por superficial y errónea la tesis comentada: los acreedores

quirografarios no son sucesores singulares del deudor, y aun los acreedores que tienen una garantía específica, como la prenda o la hipoteca, tampoco tienen tal calidad, porque su derecho real nace originariamente en el momento de su constitución, antes de la cual el deudor no era prendario ni hipotecario de su propio bien.
Igualmente desafortunada es la calificación de los acreedores quirografarios como causahabientes universales de su deudor. Según quedó dicho, la fórmula que expresa que "el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores" no pasa de ser un simple símil, porque la prenda propiamente dicha es un derecho real que, como tal, tiene que recaer sobre bienes determinados, Y le otorga al acreedor el derecho de preferencia (ius preferendi) para ser satisfecho con el producto de la venta de tales bienes, mientras que el acreedor común o quirografario no puede pretender preferencia alguna que la ley no le otorgue, sino que solamente está legitimado para concurrir a prorrata con los acreedores de su misma clase, y aun con los acreedores hipotecarios o prendarios, cuando los créditos de estos no se hayan satisfecho totalmente con el producto de la venta de los bienes gravados en su favorl4.

Así entendida la fórmula que se comenta y que solo tiene un alcance enunciativo del concepto abstracto de la obligación, hay que agregar que, aun en el supuesto de que ella implicara un verdadero derecho de los acreedores, este derecho emanaría directamente de la ley, con prescindencia de la idea de sucesión. Pensar lo contrario resulta absurdo. El patrimonio de una
persona es una universalidad jurídica que comprende todos los derechos y obligaciones presentes y futuros, ciertos e inciertos, conocidos y desconocidos, que dicha persona va adquiriendo en el decurso de su existencia. Entonces, la

pretendida sucesión entre el deudor y el acreedor encierra una contradicción monstruosa: equivale a imaginar que el deudor garantiza cada una de sus obligaciones, no solo con sus bienes o activos patrimoniales, sino, también con sus otras obligaciones o pasivos y que, además, esta garantía nacería primeramente en su favor y luego le sería traspasada por él a cada uno de sus acreedores.

En conclusión: los acreedores, cualquiera que sea su clase, son terceros frente a los actos jurídicos de su deudor; estos no les confieren derechos ni les imponen obligaciones, y esta condición surge con claridad meridiana en los casos en que ellos están legitimados para impugnar tales actos por ser simulados o porque, siendo reales, se han c¡bns1umado en fraude de dichos
acreedores. En tales casos, que es cuando la calificación de que se trata cobra importancia, los acreedores actúan en nombre propio; es decir, como terceros, y no como pretendidos sucesores o causahabientes del deudor 111. Excepciones al postulado de la relatividad de los actos jurídicos

449. ENUMERACIÓN. Reducido el postulado a los límites antes determinados, según los cuales la relatividad de los actos jurídicos solamente sIgnifica que estos no pueden conferir derechos ni imponer obligaciones a los terceros, todavía es necesario agregar que tal postulado no es un axioma
absoluto, sino que tan solo es un sano principio individualista legado por el derecho romano, pero sujeto a excepciones impuestas por el desarrollo comercial e industrial. Así, en 10 que a nuestro derecho respecta; ya está sometido a dos excepciones de señalada importancia práctica y de frecuellte
ocurrencia, a saber: A) El compromiso unipersonal o unilateral, y B) El
contrato colectivo.

A) El compromiso uniPersonal o unilateral

450. REMISIÓN. Al estudiar el postulado de la normatividad de los actos
jurídicos explicamos que nuestro ordenamiento positivo, si bien no les atar.
ga a los actos unipersonales o unilaterales la misma amplitud normativa que
revisten las convenciones, sí reconoce la obligatoriedad de aquellos, a 10 me. nos en ciertos casos, tales como la aceptación de las asignaciones sucesorales,
. la agencia oficiosa, la oferta y, en general, en la estipulación para otro]:;.
No es, pues, de recibo en nuestro sistema el antiguo principio racionalista, conforme al cual "nadie adquiere un derecho sin su voluntad", con la consecuencia de que el compromiso unipersonal o unilateral sería ineficaz para obligar al promitente porque, se dice, de no ser así, se le estaría imponiendo el derecho crediticio correlativo a quien no ha consentido en adquirirlo. Lo cierto es que nuestro Código Civil abandonó tal principio y, a manera de excepción al postulado de la relatividad de los actos jurídicos, admitió que algunos actos unipersonales o unilaterales pueden generar derechos para terceros que no han participado ni directamente ni por representación en su otorgamiento.
Para no incurrir en redundancia nos remitimos a las explicaciones ya dadas respecto de los principales ejemplos en que la ley reconoce la obligatoriedad de los actos unilaterales o unipersonales. Sin embargo, conviene tratar aquí con mayor amplitud de la estipulación para otro, tanto por su creciente importancia práctica, como porque nuestro Código Civil, apartándose de sus mqdel¡os romano, español y francés, le otorgó a esta institución toda la amplitud'netesaria, a la vez que la innovó.

I. La estipulación para otro

451. CONCEPTO. Se da esta figura cuando las personas que celebran un contrato convienen en que las obligaciones a cargo de alguna o algunas de ellas deberán ser cumplidas en favor de un tercero que no ha participado en dicho contrato ni ha sido representado por ninguno de quienes 10 celebran. De suerte que en la estipulación para otro existen tres interesados: el promí
tente, que asume la obligación; el estíPulante, que señala al tercero de quien no es representante y que habrá de aprovecharse con el cumplimiento de !la, o sea, el beneficiario de la estipulación. Ejemplo del mayor interés en la
~ctualidad ~s el seguro de vida: el tomador de la p~liza o asegurado (estiPulante), medIante el pago de una prima anual, estIpula con el asegurador(promítente) que, al ocurrir la muerte del primero, el segundo pagará la indemnización acordada a la persona o personas indicadas en la póliza (bene ficiaríos) .
El arto 1506 del Código Civil consagra esta institución y determina su régimen, así: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar 10 estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

452. RESEÑA HISTÓRICA. La estipulación para otro ha sufrido una notable evolución, desde el derecho romano que

comenzó por proscribirla, hasta el derecho actual que la acepta sin reticencias.

453. a) EL DERECHO ROMANO. La formulación inicialmei1te absoluta del postulado de la relatividad de los actos jurídicos (res ínter alíos acta aliís neque nocere neque prodesse potest) trajo como corolario obligado la declaración de ineficacia de toda estipulación en favor o en contra de un tercero, vale decir, de todo pacto en cuya virtud se pretendiera atribuirle a este un derecho o imponerle una obligación. Descartada aun la representación misma (agere per extraneam personam), se consideró que, con mayor razón, era ineficaz cualquiera estipulación que pretendiese rebasar el ámbito personal de los contratanteslli.

Sin embargo, el rigor de esta concepción tuvo que ceder ante las necesidades prácticas del comercio. Habiendo introducido el derecho honorario
el principio de que es lícito mejorar la condi~ión ajena, pero no empeorada (alienarn conditionern melíorem quidern, etíarn :ígnorantís et inviti, facere posse,
deteriorern non posse), se comenzó a admitir, no sin reticencia y rodeos, la validez de la estipulación para otro; no así la promesa por otro. Respecto de la primera, se aceptó que podría pactarse, siempre y cuando que el estipulante hubiera pactado con el promitente una pena en favor de aquel para el caso de que este incumpliera su promesa en favor del tercero. Así, dicho estipulante quedaba dotado de un interés propio y, consiguientemente, de una acción para apremiar al promitenre. y después, en la época clásica, se reconoció al estipulante la acción de perjuicios, aun sin el pacto de pena. Pero, segÚn se comprende, el reconocimiento de estas acciones al estipulante no servía al tercero beneficiario, quien nada podía exigir como tal al promitente. Entonces, se hizo uso de otro recurso, cual fue el de que el estipulante t

estipulaba para sí mismo y designaba al tercero para recibir el pago, constitu
yéndolo como un diputado para el efecto (adjectus solutionis gratia).
En fin, el derecho imperial dotó al beneficiario de una acción útil (actio utilis) para exigir el cumplimiento en los casos excepcionales de las donaciones con carga (sub modo) y de la restitución de la dote.
454. b) EL DERECHO MEDIOEVAL. Dada su vocación preferida, cual fue la de glosar e interpretar los textos romanos, los jurisconsultos medioevales se limitaron a reseñar el descrito sistema sobre la estipulación para otro, cuyas soluciones inclusive alcanzaron consagración legislativa, como puede verse en las Siete Partidas del sabio monarca españoP7.
455. c) EL DERECHO FRANCÉS. Siguiendo a POTHIERIH, la antigua doctrina francesa, también inspirada en el derecho romano y acogida por el Código de Napoleón, rechazó, por principio general, tanto la estipulación para otro, como la promesa por otro. El arto 1119 de dicho Código preceptua: "Uno no puede, en general, estipular más que para sí mismo". Pero, por vía de excepción, el arto 1121 agrega: "Se puede paralelamente estipular en provecho de otro, cuando tal es la condición de la estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro". Reprodúcese así el sistema romano, adverso a la estipulación para otro, pero que, a la postre, la admitió en las donaciones modales y en el caso de que el estipulante también tuviera interés propio en el contrato. Pese a la claridad de los textos trascritos y a la tradición en que se inspiraron, la ágil jurisprudencia francesa,que inicialmente los interpretó y aplicó conforme a su tenor literal, terminó, con la aquiescencia de los doctrinantes, por declarar la validez general de la estipulación para otro,

porque siempre que esta se ofrece "lógicamente el estipulante tiene interés en hacerla", o sea que siempre se estructura la primera de las hipótesis del art. 1121: "ser talla condición de una estipulación que se hace para sí mismo"19.

456. d) EL DERECHO COLOMBIANO. Al tenor del ya trascrito art. 1506 de nuestro Código Civil, la estipulación para otro ha sido acogida en la forma más amplia y compatible con las necesidades del comercio, apartándose así dicha obra de los prejuicios restrictivos de sus modelos romano, francés y español: "cualquier persona, aunque no tenga derecho para representar a un tercero, puede, sin embargo, estipular en favor de este una obligación a cargo del otro contratante". De esta suerte queda abierto ancho campo a esta institución de creciente importancia práctica en materia de seguros, de trasportes, de títulos-valores, etc., en los cuales es indispensable admitir la existencia de un derecho, siquiera sea condicionado, en favor del tercero beneficiario Y a cargo del contratante promitente, desde el momento mismo de la celebración del contrato entre este y el estipulante. Igualmente, el citado art. 1506 precisa, según lo veremos con más amplitud, los efectos de la estipulación, tanto entre los contratantes, a quienes se les reconoce el derecho de revocada antes de la aceptación del beneficiario, como respecto de este, quien adquiere, desde la celebración del contrato, el derecho correlativo al compromiso unipersonal o unilateral que contrae el promitente en su favor.

457. CONDICIONES DE Lo\ ESTIPULACIÓN PARA OTRO. Como esta configura un compromiso unilateral adherido al contrato celebrado entre el promitente v el estipulan te, es claro que este contrato debe reunir todos los requisitos exigidos por la ley para su existencia y validez, tales como la

capacidad legal de los contratantes, su consentimiento sano, el objeto lícito, la causa real y lícita, la observancia de las solemnidades de la ley y la ausencia de lesión enorme cuando esta es sancionable con la rescisión del contrato.
Por otra parte, se requiere que el estipulante no sea un representante legal o convencional del beneficiario, porque, de serIo, su actuación en favor de este ya no estructura una estipulación para un tercero, de que trata el art.1506, sino para quien jurídicamente es parte en el contrato, cual "si hubiere
contratado él mismo", como lo preceptúa el art. 1505.
Tampoco debe configurarse una agencia oficiosa por parte del estipulante, porque esta, por definición, le impone a quien sin mandato administra negocios ajenos ciertas obligaciones propias de los mandatarios, como la de emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia (art. 2306),
la de encargarse de todas las dependencias del negocio y continuar la gestión hasta que el dueño pueda asumirIa por sí o por mandatario (art. 2307), la de rendir cuenta regular de la gestión (art. 2312), como también puede imponede al dueño del negocio obligaciones en favor del gestor, como la de rem
bolsarle las expensas útiles (art. 2308) y hasta el provecho que hubiere reportado dicho dueño (art. 231 OY!O. Por el contrario" en la estipulación para otro, ni el estipulante contrae obligación alguna para con el beneficiario ni este para con aquel; el vínculo obligatorio así estipulado,ique se forma exclusivamente entre el promitente y el beneficiario, se expiica por el reconocimiento legal de este compromiso unilateral que excluye cualquier pretensión del estipulante frente al beneficiario, so pretexto de un enriquecimiento sin causa, porque dicho reconocimiento legal es una causa jurídica suficiente. No es, por tanto, de recibo la teoría francesa, hoy

en descrédito, que pretendió explicar la naturaleza de la estipulación para otro mediante la agencia oficiosa21. .

Por el contrario, como el beneficiario de la estipulación es un tercero que no ha tenido injerencia alguna en la celebración del contrato, no rezan respecto de él los requisitos legales inherentes a los contratos. Ni siquiera sal) necesarias su existencia ni su capacidad al tiempo de la estipulación, COIb.o tampoco su determinación precisa por el estipulan te. Un padre puede tOIb.ar una póliza de seguro sobre su vida para "los hijos que tenga al morir", aunque estos sean menores de edad y aunque no hayan nacido aún. Tales existencia y capacidad solamente entran en juego para efectos de la aceptación del beneficiario, prescrita por la ley:!2.

458. Los EFECTOS DE LA ESTIPULACIÓN PARA OTRO. Hay que distinguir a este respecto los efectos entre los contratantes, los efectos entre el promitente y el beneficiario y los efectos entre este y el estipulante.

11. Los efectos entre los contratantes

459. LA LEY DEL CONTRATO. Como es obvio, las prestaciones a que los contratantes se obliguen personal y recíprocamente nacen del contrato mismo y, por tanto, están sujetas a las normas generales de las convenciones y los contratos, como también al régimen propio de todas las obligaciones. Está fuera de duda que quien toma una póliza de seguro' sobre su vida, estipulando que el valor de ella le será pagado directamente si no ha fallecido antes de veinte años (seguro dotal), o a sus herederos en caso contrario, vencido dicho plazo sin haber muerto, puede exigir aquel valor al asegurador. Trátase aquí de una estipulación para sí mismo que genera en su favor un derecho propio. Igualmente, si en una compraventa se pacta que parte del precio le será pagado al vendedor y el resto a un tercero, es claro que el vendedor está legitimado para exigir la parte que se reservó.

Pero la cuestión se complica y trasciende el ámbito de las reglas generales de los contratos en punto de la estipulación para otro, es decir, para ;
1
un tercero que, como tal, no es parte en el contrato: en nuestros ejemplos, los herederos designados para recibir el valor del seguro, en subsidio del asegurado, o el tercero llamado a percibir parte del precio de la compraventa, porque, entonces, sí se suscita el problema de definir cuales son las relaciones entre quienes fueron partes en el contrato y, en especial, cuál es la posición del estipulante frente al promitente respecto de un derecho que aquel no pactó para sí, sino para el tercero beneficiario.

460. LA REVOCACIÓN DE LA ESTIPULACIÓN. En el derecho francés se otorga al estipulan te la facultad para revocar unilateralmente la estipulación para otro, antes que este haya "declarado su voluntad de aprovecharse de ella" (art. 1121).
Pero nuestro Código Civil, innovando la mencionada solución francesa, la descarta para atribuirles tal facultad de revocación conjuntamente al estipulante Y al promitente, "...y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita [la del beneficiario], es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él" (art. 1506).
Comentaristas de nuestro sistema consideran que esta solución es la acertada, porque se ciñe mejor a la norma consagrada por el art. 1602, según la cual "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado [léase revocado] sino por su consentimiento mutuo...". Según esta opinión, nuestro Código se acomoda mejor que el francés al principio de lógica jurídica, conforme al cual "10 que se contrae

mediante consentimiento, se disuelve mediante consentimiento" (quae consensu contrahuntur, consensu disolventur)23.
En nuestro sentir, la innovación de que se trata es desafortunada. En primer lugar, el invocado principio de lógica jurídica, si bien implica una regla general, esta no es absoluta, sino que, según lo hemos visto, admite excepciones en los casos en que la ley, atendiendo a la naturaleza de ciertos contratos, como el mandato, la sociedad, el arrendamiento de servicios, la confección de obra material, ete., autoriza su revocación unilateral, o en los casos
en que requiriéndose, por principio, el mutuo disenso, los contratantes pacten el derecho potestativo para que cualquiera o uno solo de ellos disuelva unilateralmente el contrat024. Por esta razón, no pugna con la lógica del sistema que en la estipulación para otro la ley también confiera al estipulante el derecho de revocarla por su sola voluntad, antes que el beneficiario la haya
aceptado. Las mismas razones que se aducen para prohijar la estipulación para otro sirven para justificar la revocación unilateral. Si se considera que es posible mejorar la condición ajena (alienam conditionem meliorem facere posse), permitiendo que quien no es representante de otro pacte un derecho en
favor de este, no hay razón valedera para negar al mismo estipulante la facultad de revocar por su sola voluntad ese beneficio que ha querido hacerle al tercero, antes que este, al aceptarlo, adquiera definitivamc¡:nte un derecho del cual ya no puede disponer quien no tenga su representación aquí ya no se trata de aplicar con simplismo la regla de que lo que se hace por contrato se deshace por contrato, sino la de que un beneficio puede ser revocado por respecto de él los requisitos legales inherentes a los contratos. Ni siquiera sOr¡ necesarias su existencia ni su capacidad al tiempo de la estipulación,

C01110 tampoco su determinación precisa por el estipulan te. Un padre puede t0111ar una póliza de seguro sobre su vida para "los hijos que tenga al morir", aunque estos sean menores de edad y aunque no hayan nacido aún. Tales existencia y capacidad solamente entran en juego para efectos de la aceptación del beneficiario, prescrita por la ley~2.

458. Los EFECTOS DE LA ESTIPULACIÓN PARA OTRO. Hay que distinguir a este respecto los efectos entre los contratantes, los efectos entre el promitente y el beneficiario y los efectos entre este y el estipulante.

II. Los efectos entre los contratantes

459. LA LEY DEL CONTRATO. Como es obvio, las prestaciones a que los contratantes se obliguen personal y recíprocamente nacen del contrato mismo y, por tanto, están sujetas a las normas generales de las convenciones y los contratos, como también al régimen propio de todas las obligaciones. Está fuera de duda que quien toma una póliza de seguro' sobre su vida, estipulando que el valor de ella le será pagado directamente si no ha fallecido antes de veinte años (seguro dotal), o a sus herederos en caso contrario, vencido dicho plazo sin haber muerto, puede exigir aquel valor al asegurador. Trátase aquí de una estipulación para sí mismo que genera en su favor un derecho propio. Igualmente, si en una compraventa se pacta que parte del precio le será pagado al vendedor y el resto a un tercero, es claro que el vendedor está legitimado para exigir la parte que se reservó.
Pero la cuestión se complica y trasciende el ámbito de las reglas generales de los contratos en punto de la estipulación para otro, es decir, para i un tercero que, como tal, no es parte

en el contrato: en nuestros ejemplos, los herederos designados para recibir el valor del seguro, en subsidio del asegurado, o el tercero llamado a percibir parte del precio de la compraventa, porque, entonces, sí se suscita el problema de definir cuales son las relaciones entre quienes fueron partes en el contrato y, en especial, cuál es la posición del estipulante frente al promitente respecto de un derecho que aquel no pactó para sí, sino para el tercero beneficiario.

460. LA REVOCACIÓN DE LA ESTIPULACIÓN. En el derecho francés se otorga al estipulante la facultad para revocar unilateralmente la estipulación para otro, antes que este haya "declarado su voluntad de aprovecharse de ella" (art. 1121).

Pero nuestro Código Civil, innovando la mencionada solución francesa, la descarta para atribuirles tal facultad de revocación cOl'Duntamente al quien quiso hacerla, mientras no haya sido aceptado por elbeneficiario. Si ha sido la sola voluntad del estipulante la que ha determinado que las prestaciones a cargo del promitente se desvíen de aquel hacia el tercero en lo cual dicho promitente no tiene interés alguno, lo lógico Y lo natural es que sea el mismo estipulante quien conserve el poder dispositivo sobre esas prestaciones hasta que dicho poder pase al beneficiario en virtud de su aceptación.

Más aún, si, como lo acepta la doctrina, en el caso de que el beneficiario rechace la estipulación en su favor, el estipulante tiene la facultad dispositiva estipulante Y al pro mi ten te, "...y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita [la del beneficiario], es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él" (art. 1506).

Comentaristas de nuestro sistema consideran que esta solución es la acertada, porque se ciñe mejor a la norma consa-

grada por el art. 1602, según la cual "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado [léase revocado] sino por su consentimiento mutuo...". Según esta opinión, nuestro Código se acomoda mejor que el francés al principio de lógica jurídica, conforme al cual "lo que se contrae
mediante consentimiento, se disuelve mediante consentimiento" (quae consensu contrahuntur, consensu disolventur)~3.
En nuestro sentir, la innovación de que se trata es desafortunada. En primer lugar, el invocado principio de lógica jurídica, si bien implica una regla general, esta no es absoluta, sino que, según lo hemos visto, admite excepciones en los casos en que la ley, atendiendo a la naturaleza de ciertos contratos, como el mandato, la sociedad, el arrendamiento de servicios, la confección de obra material, ete., autoriza su revocación unilateral, o en los casos
en que requiriéndose, por principio, el mutuo disenso, los contratantes pacten el derecho potestativo para que cualquiera o uno solo de ellos disuelva unilateralmente el contrat024; Por esta razón, no pugna con la lógica del sistema que en la estipulación para otro la ley también confiera al estipulante el derecho de revocarla por su sola voluntad, antes que el beneficiario la haya
aceptado. Las mismas razones que se aducen para prohijar la estipulación para otro sirven para justificar la revocación unilateral. Si se considera que es posible mejorar la condición ajena (alienam conditionem meliorem facere posse), permitiendo que quien no es representante de otro pacte un derecho en
favor de este, no hay razón valedera para negar al mismo estipulante la facultad de revocar por su sola voluntad ese beneficio que ha querido hacerle al tercero, antes que este, al aceptarlo, adquiera definitivamyntc un derecho del cual ya no

puede disponer quien no tenga su representación. Aquí ya no se
trata de aplicar con simplismo la regla de que lo que se hace por contrato se deshace por contrato, sino la de que un beneficio puede ser revocado por quien quiso hacerla, mientras no haya sido aceptado por elbeneficiario. Si ha sido la sola voluntad del estipulante la que ha determinado que las prestaciones a cargo del promitente se desvíen de aquel hacia el tercero en lo cual
dicho promitente no tiene interés alguno, lo lógico Y lo natural es que sea el mismo estipulante quien conserve el poder dispositivo sobre esas prestaciones hasta que dicho poder pase al beneficiario en virtud de su aceptación.

Más aún, si, como lo acepta la doctrina, en el caso de que el beneficiario rechace la estipulación en su favor, el estipulante tiene la facultad dispositiva sobre el objeto de ella, según habremos de verlo adelante25, no se encuentra razón alguna para que no la conserve antes de tal rechazo.

En segundo lugar, además de las precitadas razones de orden lógico
jurídico que abonan el sistema francés de la revocación unilateral por el estipulan te, que ha sido el adoptado por las legislaciones modernas, como la alemana, la federal suiza, la italiana, etc.; y también, por vía de excepción, por nuestro Código de Comercio, existen otras razones de señalada importancia práctica que condenan la solución general de nuestro Código Civil tocante a la exigencia del mutuo disenso entre los contratantes para la revocación de la estipulación para otro.

Antes que el beneficiario tenga conocimiento de la estipulación y acepte el derecho que se le pretende conferir, el estipulan te, y solamente él, tiene interés en la vigencia de ella, bien sea porque su intención es la de favorecer gratuitamente al

tercero, o bien porque esté procurando un medio para arreglar alguna relación que tenga con él, como, por ejemplo, cuando para pagar una deuda suya en favor de dicho tercero, le imponga al promitente la obligación de hacerlo como su delegado. Por el contrario, 'se insiste en que al promitente nada le interesa que su acreedor sea el estipulante o cualquiera otra persona, siempre y cuando que se le cumplan las obligaciones correlativas pactadas a su favor en el contrato. Al asegurador le importa que se le paguen las primas del seguro, pero le es indiferente a quien tendrá que cubrirle el monto de la indemnización; al trasportador le interesa que se le pague el precio convenido, pero no quien haya de ser el destinatario del cargamento, etc. En el mismo orden de ideas, el promitente nada tiene que ver con los móviles del estipulante: le es indiferente que este obre gratuitamente en favor del beneficiario o que actúe por motivos de utilidad para sí. Entonces, ¿por qué exigir el concurso de la voluntad de ese promitente para la revocación de la estipulación? Y no se crea que e~te interrogante es de poca monta2li, pues, por el contrario, suscita un grave problema que precisamente crea el desafortunado art. 1506 de nuestra ley civil,lel que no solamente requiere ese concurso del promitente, sino que además le niega al estipulan te toda injerencia para exigir el cumplimiento de lo estipulado, a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés que, al permitir la revocación unilateral por el estipulante, le abre a este el camino para decidir la suerte de la prestación respectiva, bien sea tomándola para sí, o bien cambiando de beneficiari027.

En efecto, si se considera inconsultamente que el estipulante nada puede exigirle al promitente, es claro que este tampoco puede ser constreñido a prestarse a la revocación de la estipulación ni al cambio del beneficiario, lo que puede dar lugar a que, tratándose de un contrato oneroso celebrado entre ellos,

el promitente se aproveche indebidamente del valor de SU promesa que, en todo o en parte, es la contraprestación de lo que él recibe del estipulante. Así, por ejemplo, si en el contrato de compraventa de un inmueble que el estipulante efectivamente le trasfiere al promitente, se
pacta que este le pague el precio a un tercero, al desaparecer los objetivos que aquel tuviera, gratuitos o interesados, para hacer tal estIpulación, dicho promitente, cohonestado por la ley, bien podría negarse a la revocación y al cambio del beneficiario de la obligación que, como comprador, naturalmente le compete, y esto podría hacerlo porque le viene en gana, sin interés justificado, y aun por motivos espurios, como sería el de lograr ventajas con
el beneficiario que el estipulante quiere remplazar.
En suma: frente al claro régimen consagrado en la materia por nuestro comentado art. 1506, hay que concluir que el estipulante no puede exigirle al promitente que se allane a consentir en la revocación de la estipulación, ni puede reclamarle para sí o para otro el cumplimiento de lo prometido, lo que pugna con los dictados de la equidad. Sin embargo, creemos nosotros
que esta situación, a todas luces anómala, no es irremediable. En efecto, la teoría del abuso del derecho, elaborada principalmente por la doctrina y la jurisprudencia occidentales y hoy indiscutida, condena el ejercicio de los derechos en forma culposa, excesiva, o desviada de la finalidad que determina su reconocimiento, y dicha teoría se ha predicado no solamente respecto del ejercicio de los derechos de contenido positivo, como el dominio, sino también de los que tienen por objeto una prestación negativa, de no hacer, como el derecho de no contratar que tiene, por ejemplo, el oferente autorizado para retractarse de su oferta, o quien interviene en la celebración de un negocio y, a medio camino, rompe injustificada-

mente las negociaciones, ocasionándoles perjuicios a los otros interesados 28.

Entonces, si el promitente en una estipulación para otro, sin razón justificada alguna y, más aún, con el ánimo de .aprovecharse indebidamente de la precaria situación a que la ley condena al estipulante, se niega a la revocación, incurre en abuso de su derecho y queda obligado a indemnizar los perjuicios consiguientes. Según ya vimos, esta fue la razón que determinó al
derecho romano imperial para otorgarle al estipulante, si no la acción de cumplimiento, sí la acción indemnizatoria.

En todo caso, como más vale prevenir que remediar, para eludir el grave problema que hemos confrontado, es aconsejable a quien realice una estipulación para otro, en caso no comprendido por las excepciones legales que autorizan la revocación unilateral de la estipulación, que pacte esta facultad a su favor, o sea, a manera de derecho potestativo, ya que la preceptiva del art. 1506 al respecto no es de orden público.

Se ha discutido si la facultad de revocar la estipulación se trasmite a los herederos del estipulante, bien sea que ella competa a este por ley especia] o por pacto al respecto, o bien que tenga que ejercerla mediante convenio con el promitente, según la regla general. Para algunos, la mencionada facultad estructuraria un derecho personalísimo del estipulante, y, como tal, intrasmisible, especialmente porque los herederos, pasando por alto los móviles personales que indujeron a aquel a beneficiar al tercero, lo más probable es que estuvieran tentados a revocarla para así mejorar su posición hereditaria. Según otros -y nosotros estamos con ellos-, mientras la estipulación no haya sido aceptada por el beneficiario, sí puede ser revocada por los herederos, conforme a los principios generales del derecho sucesoral, los que no pueden ser modi-

ficados a base de argumentos sin respaldo legal, como el ya mencionad029.

461. LA INEXEGIBILIDAD POR EL ESTIPULANTE. En los sistemas positivos que han proscrito la estipulación para otro es natural que se les niegue, tanto al beneficiario como al estipulante, la facultad de exigir lo estipulado; al primero, porque la estipulación en su favor es inválida; al segundo, porque no habiendo pactado para sí, no ha adquirido derecho alguno contra el pro mitente. De ahí que el derecho romano, al mostrarse menos riguroso hacia la mencionada institución, no sin incongruencia, hubiera admitido la validez de la cláusula penal pactada en favor del estipulante para el caso en que el promitente no cumpliera para con el tercero beneficiari03°.

En el derecho francés, también legalmente adverso a la estipulación para otro, doctrina y jurisprudencia han podido reconocerle al estipulante la facultad de exigir el cumplimiento de lo estipulado, a veces aduciendo el subterfugio romano de la validez del pacto penaPI, y las más porque, estando expresamente autorizado dicho estipulante para revocar unilateralmente la estipulación, lo que implica el reconocimiento de un poder dispositivo sobre ella, fácilmente se ha podido llegar a la conclusión de que también puede cambiar al beneficiario o exigir para sí la prestación respectiva, lo mismo que puede hacerla en caso de renuncia por el beneficiario, sobre todo si la estipulación adhiere a un contrato oneroso en que el promitente la deba a cambio de lo estipulado a su favor32.

En otras legislaciones propicias a la institución, como la alemana y la suiza, la solución es igual a la doctrinaria francesa, o sea que también se le otorga al estipulante la acción de cumplimiento. ApaJ;tándose del argumento tradicionalmente esgrimido de que el estipulante no es acreedor del promitente porque nada ha pactado para sí y, por ende, nada

puede exigir de este, y consultando a la vez el innegable interés que mueve al primero para
estipular en favor del tercero, concluyen dichas legislaciones que el derecho para exigir 1.0 estipulado es un derecho en común entre ambos, estipulante
y beneficiano, hasta que, mediando la aceptación de este último, se radique
exclusivamente en su cabeza33.

Nuestra legislación civil, también innovando infortunadamente en este punto, le niega de modo expreso al estipulante el derecho de exigir el cumplimiento de lo estipulado en favor del tercero. El art. 1506 preceptúa en forma tajante que "solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado". Suprime así este texto legal toda injerencia y todo poder decisorio del estipulante sobre la suerte de la estipulación, no solo en el intervalo entre el contrato y la aceptación por el beneficiario, sino aun después que este la haya repudiado, pasando así por alto la circunstancia importantísima de que el contrato a que se agregue la estipulación para otro pueda ser oneroso y, como tal, implicar el mantenimiento de la reciprocidad entre las prestaciones de las partes, como sucede, por ejemplo, en la compraventa, en la cual, de estipularse que el precio sea pagado por el comprador a un tercero, al excluir al vendedor de la acción de cumplimiento, so pretexto de que este voluntariamente ha renunciado in limine, o sea, desde la celebración del contrato, a su condición de acreedor, conduce a desconocer la índole bilateral y onerosa de dicho contrato y a que el pro mi ten te sea quien resulte beneficiado por una estipulación con la que el estipulante quiso favorecer a otro.

Entonces, frente a esta irritante determinación legal, se impone el consejo ya escrito de que el estipulan te para otro se cuide de pactar, no solamente su derecho potestativo de revocar la estipulación, de cambiar al beneficiario de ella o de

tomarla para sí, sino también que recurriendo al subterfugio romano, obtenga una cláusula penal en su favor, cuya validez está legalmente admitida34.

462. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. La privación a! es'tipulante de la acción de cumplimiento de lo estipulado, establecida por el m~ncionado art. 1506, es una normaexcep-tivaque, como tal, no puede ser aplicada por analogía. Por tanto, en caso de incumplimiento del promitente, el estipulan-te puede ocurrir a la acción resolutoria del contrato por tal motivo, porque esta otra acción deriva del contrato mismo entre las partes (C. C., art. 1546), y no ya de la estipulación en favor del tercero. Así lo tiene declarado ya unánimemente la doctrina35. Además, como la acción de indemnización de perjuicios, complementaria de la resolutoria del contrato, también es distinta de la acción de cumplimiento, no queda excluida por el art. 1506. De esta suerte,
al acumular el estipulante las dos acciones primeramente mencionadas puede defender su interés desconocido por dicho texto legal.
De la propia manera y por las mismas razones, el promitente también puede instaurar contra el estipulante las acciones resolutoria e indemnizatoria por el incumplimiento de las obligaciones a su favor, y la primera de ellas también contra el beneficiario que hubiese aceptado la estipulación; no así la segunda porque dicha estipulación, por principio, no obliga al beneficiario, a menos que este hubiere consentido en asumir una obligación a su cargo, prometida paralelamente por el estipulante, conforme al arto 1507 del
Código Civil. .
ill. Los efectos entre el promitente y el beneficiaría

463. LA EFICACIA DEL COMPROMISO. Según quedó dicho, en la estipulación para otro se configura uno de los casos en que el compromiso unipersonal o unilateral constituye fuente de obligaciones para el pro mi ten te, de donde se concluye que dicha estipulación genera simultánea y directamente un derecho crediticio correlativo en favor del beneficiario de ella, conclusión esta que es hoy la propugnada por la mayoría de los expositores y por la jurisprudencia.
Asimismo hemos visto que quienes niegan la eficacia obligatoria del compromiso unilateral, lógicamente niegan la existencia del derecho del beneficiario antes que este, al aceptarlo, contribuya a la formación del vínculo obligatorio "que supone el concurso de las voluntades entre el deudor y el acreedor"37.
Repetimos que esta tesis no se compadece con las orientaciones doctrinarias y legislativas modernas, prohijadas por nuestro Código Civil. Si se admite la obligatoriedad del compromiso unilateral, fqrzqsamente hay que admitir el nacimiento simultáneo del derecho crediticio cdrrelativo, pues, de lo contrario, se llegaría a la concepción absurda de un vínculo jurídico trunco, con deudor pero sin acreedor.
¿Pero cuál es la naturaleza y cuáles los efectos del derecho crediticio que adquiere el beneficiario de la estipulación? La respuesta la da la propia ley que reconoce expresamente y reglamenta los derechos y las obligaciones condicionales, o sea, los que están sujetos a un hecho futuro e incierto, como lo es, en punto de la estipulación para otro, la aceptación por el beneficiario.

En este caso, como en cualquiera otro en que intervenga esta modalidad suspensiva, el derecho o la obligación modalizados se convierten en puros

y simples por el cumplimiento de la condición, y este con carácter retroac
tivo, o sea que se reputan tales desde el momento en que se da su fuente, v.
gr., desde la celebración del contrato. Entre tanto, es decir, pendente con
ditione, no son puros y simples, lo que no significa que no existan. Suponer lo contrario equivale a desconocer la institución de los derechos y las obligaciones condicionales y a negar que estos, penden te conditione, pueden
producir efectos que no se explicarían si no existiesen, como los siguientes:
1) el promitente debe observar una conducta tal que no haga imposible la
consolidación del derecho del beneficiario, y si así no procede, compromete SU responsabilidad (art. 1538, inc. 32); 2) si el promitente no cumple su
obligación de cuidar de la cosa prometida y esta perece o se deteriora por su culpa, debe indemnizar los perjuicios; 3) tanto el derecho como la obliga
ción condicionales son trasmisibles por causa de muerte; de suerte que si el
beneficiario muere antes de aceptar, trasmite su derecho a sus herederos, y
lo propio sucede si es el promitente quien fallece en el mencionado intervalo
(art. 1549, inc. 12).

Sin embargo, en nuestro sentir, si la estipulación para otro implica una donación a este, la facultad de aceptada no pasa a sus herederos, por expresa disposición legal (art. 1549, inc. 22).

464. LA ACEPTACIÓN POR EL BENEFICIARIO. Repetimos que este acto, también unilateral, consolida el derecho

del beneficiario que, de condicional, se trasforma en puro y simple.
La consecuencia más importante de esta aceptación es la de que impide la revocación ulterior de la estipulación, aun por el mutuo disenso de quienes la pactaron. Trasformado el derecho en puro y simple sale del control de estos, q~ienes ya no pueden disponer de lo que es ajeno.
Igualmente, la aceptación determina la actualización de la facultad del beneficihio de exigirle el cumplimiento al promitente, facultad que, según hemos visto, está atribuida a aquel de modo exclusivo.
Por otra parte, la aceptación, conforme al art. 1506, puede ser expresa o tácita, y esta última puede consistir en "actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato". Por tanto, aunque dicho contrato sea solemne por ley, como la compraventa de un inmueble, para exigir el beneficiario la tradición de la cosa o el pago del precio estipulados en su favor, no necesita otorgar nueva escritura pública. La sola demanda de lo estipu
lado constituye aceptación tácita, y si el beneficiario impetra las medidas conservativas autorizadas por el art. 1549, inc. 32, también acepta tácitamente, a menos que en forma expresa declare que tales medidas las solicita como acreedor condicional y reservándose el derecho de repudiar posteriormente lo estipulado en su favor.

465. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. Si bien es cierto que la doctrina moderna, ya consagrada legislativamente, acepta la validez de la estipulación para otro, a quien le reconoce, por tanto, la facultad de exigir lo estipulado, a la vez le niega a este la acción resolutoria del contrato, que solo podría ejercer el estipulante. Fúndase esta solución en que dicha acción nace del contrato en que el beneficiario no ha sido

parte, ya que su derecho crediticio proviene del compromiso unilateral adherido a dicho contrato, pero que es distinto de este.

466. LA RENUNCIA DEL BENEFICIARIO. Como la aceptación de este constituye una condición suspensiva de la consolidación del derecho con los caracteres de puro y simple, es claro que si, en vez de la aceptación, el beneficiario lo repudia, la condición falla y, por consiguiente, su derecho desaparece retroactivamente, como si nunca hubiera existido, ni siquiera como "un germen de derecho" (arts. 1537 y 1539). Plantéase entonces, también, un problema a que ya nos habíamos referido antes, cual es el de determinar la suerte que en tal caso corre la obligación del promitente. Si esta obligación es condicional, al fallar la condición por haberse cumplido el hecho contrario a ella (arts. 1537 y 1539), la obligación se extingue retroactivamente, o sea que el promitente queda liberado de la prestación prometida que ya nadie le puede exigir, puesto que el arto 1506le niega al estipulante la facultad de hacerla, y esto de modo absoluto, sin entrar a distinguir entre las situaciones diversas que pueden presentarse con posterioridad a la celebración del contrato a que adhiere la estipulación para el tercero.

y al mismo resultado se llegaría si se prescindiera de la calificación de la naturaleza de la estipulación para otro como un acto que genera derechos y obligaciones existentes jurídicamente desde su celebración, pero de índole condicional en cuanto están sujetos al hecho futuro e incierto de la aceptación del beneficiario. En efecto, si se descarta tal calificación y se afirma que el derecho del beneficiario nace como puro y simple38, la repudiación por parte de este equivale a una renuncia de dicho derecho o, si se quiere, a una remisión de la deuda del promitente, que producen ambas un efecto extintivo de esta deuda.

Vese, por tanto, que las impremeditadas determinaciones de nuestro Código Civil, que le niegan al estipulan te la facultad de revocar unilateralmente la estipulación, de cambiar al beneficiario o de tomar para sí la prestación prometido, desvirtúan la finalidad de dicha figura, que consiste en permitir que el estlpu.lant~ beneficie o mejore la condición del tercero. En virtud de
tales determmaClones legales, a la postre se llega a que el beneficiado sea el promitente liberado de su deuda, cuando esta nunca fue la intención del estipulante, Y a que se destruya la naturaleza onerosa del contrato celebrado por estos, desde luego que las prestaciones del promitente ya dejan de corresponder a las que en su favor contrae el estipulante.
Menos mal que estas consecuencias aberrantes, determinadas por la desacertada organización de la institución civil, se salvan en contratos, como el seguro y el trasporte de cosas, en los cuales la estipulación para otro recibe extensa aplicación práctica, ya que en dichos contratos el Código de Comercio expresamente autoriza al estipulan te para revocar la estipulación, cambiar de beneficiario o destinatario y asumir para sí lo estipulado.

467. EXCEPCIONES DEL PROMITENTE. Demandado por el beneficiario de la estipulación para el cumplimiento de su promesa o por el estipulante para la resolución del contrato, el promitente puede oponerles las excepciones que tenga contra cualquiera de aquellos, tanto las excepciones reales como la falta de objeto o el objeto ilícito, la falsa causa o la causa ilícita, los vicios de forma del contrato, la extinción absoluta de la obligación, v. gr., por pago,
novación, imposibilidad de ejecución, prescripción, ete., como las excepciones personales, como las de incapacidad o consentimiento insano, plazo o condición pendiente, ete.

IV. Los efectos entre el estipulante y el beneficiario

468. CONCEPTO. La estipulación para otro, considerada en sí misma como un compromiso unilateral del promitente en favor del beneficiario, gernera un vínculo obligatorio entre estos, pero no así entre el estipulante y el beneficiario, a diferencia de lo que ocurre en la agencia oficiosa, impropiamente calificada de cuasicontrato y que es una amalgama de dos fuentes
distintas de obligaciones: el acto unipersonal del agente que lo obliga para con el dueño del negocio, y el enriquecimiento sin causa que se realizaría de no imponérsele la obligación de pagarle al agente las expensas de la gestión y el provecho logrado en virtud de esta. De ahí el rechazo doctrinario de la tesis que ha pretendido explicar la naturaleza de la estipulación para otro
como un caso de agencia oficiosa.

Mas lo dicho no significa que la estipulación no produzca efecto alguno entre el estipulante y el tercero, porque, una vez aceptada por este, se actualizan los móviles que la determinaron y producen situaciones jurídicas eficaces entre aquellos.
La estipulación para otro no es un acto sin causa. El estipulante siempre obra, o bien por ánimo de liberalidad cuando quiere beneficiar gratuitamente al tercero, o bien porque se propone arreglar, con la aceptación por este, una relación preexistente entre ellos, como el pago de una deuda de que Se hace cargo el promitente. Entonces, la conjunción entre la estipulación y su aceptación por el tercero estructura una

convención que puede ser un acto gratuito u oneroso, según la utilidad que dichos interesados deriven de él, con las consecuencias que pueden ser el resultado de esta calificación. Así, si el acto es gratuito, el error acerca de la persona del beneficiario vicia la voluntad del estipulante; los acreedores defraudados por este pueden ejercer la acción pauliana; la lesión enorme no juega papel; y si se estructura una donación, el régimen legal de este contrato cobra eficacia, aunque no en lo tocante con las formalidades ad substantiam, v. gr., la insinuación notarial cuando la cuantía del acto así lo requiera, y esto por tratarse de una donación indirecta que escapa de las reglas formales establecidas para la validez de las donaciones directas42; y si el acto es oneroso, por reportar utilidad tanto para el tercero como para el estipulante, como en el ejemplo propuesto de que este busque el arreglo de una relación preexistente entre ellos, el error acerca de la persona o de sus calidades, v. gr., la de ser el tercero acreedor del estipulante, también puede viciar la voluntad de este, y la acción pauliana de los acreedores es procedente.
A este propósito también conviene advertir que el monto de la donación indirecta que el estipulante le hace al tercero no se mide por el valor de la prestación a cargo del promitente, sino por la cuantía de la contraprestación de dicho estipulan te. Así, en el seguro, lo donado por el estipulante es el valor de las primas pagadas para obtenerlo y no el de la indemnización que deba pagar el promitente, porque tal suma sale directamente del patrimonio de este.

Apéndice

469. REFERENCIA A LA DELEGACIÓN. Han pretendido algunos establecer diferencias entre la estipulación para otro

y la delegación, figura esta incluida en nuestro Código Civil en el tratado de la novación44. Otros rechazan tales diferenciaciones, por considerarlas "muy sutiles"45. Nosotros también las rechazamos, no por esta razón, sino porque estimamos que la pretendida figura de la delegación no es una institución autónoma, sino el producto de una confusión de ideas que se remonta al derecho romano.

Consiste la delegación en que una persona llamada delegan te encarga a otra llamada delegada para que asuma el cumplimiento de una prestación en favor de otra llamada delegataria. Vendo un inmueble y delego en el comprador el pago a un tercero de una obligación hipotecaria que pesa sobre ese inmueble. Giro una letra de cambio a cargo de un corresponsal mío, de quien puedo ser o no acreedor, para que le pague su importe al beneficiario, etc.

Dícese que la delegación es perfecta cuando el delegatario la acepta y, además, conviene en dar por libre al delegante de una obligación prexistente a cargo de este y en favor de aquel, y que la delegación es imperfecta cuando el delegatario se limita a aceptada, hipótesis en la cual, de prexistir una obligación del delegante para con el delegatario, este cuenta con un deudor más,

sin que la obligación de aquel se extinga. Pues bien, la tal delegación perfectase confunde con la novación por cambio de deudor, y la tal delegación imperfecta con la estipulación para otro, o sea que dicha figura no constituye una institución autónoma, a la cual se le puedan buscar semejanzas o diferencias

con esas otras figuras que la absorben.

Tampoco hay razón alguna para que, estando admitida en el derecho moderno la estipulación para otro, haya que recurrir

al invento de la delegatio romana, que precisamente pudo explicarse en ese sistema adverso a dicha estipulación.

470. LA PROMESA POR OTRO. Denominada también promesa del hecho ajeno, consiste en que una persona que no es representante de otra promete que esta habrá de ejecutar una prestación (dar, hacer o no hacer) en provecho de una tercera persona.

471. RESEÑA HISTÓRICA. Visto está que el derecho romano, con no pocas reticencias y subterfugios, comenzó a admitir la representación y la estipulación para otro: No así la promesa por otro, que, de ser válida, conduciría a un empeoramiento de la condición del tercero así obligado (alienam condi tionem facere deteriorem non posse). En este punto no se hizo concesión alguna.
Inicialmente, la promesa por otro fue condenada a la ineficacia total: no podía obligar al tercero, por no haber este participado en el acto, ni al promitente, por no haber tenido este el ánimo de obligarse a sí mismo.
Sin embargo, posteriormente se estableció una diferenciación que pasó a la legislación justinianea: si el promitente se limitaba a declarar que el tercero realizaría la prestación, tal promesa era inútil por la razón últimamente apuntada. Pero si el promitente personalmente se obligaba a obtenerdel tercero el cumplimiento de dicha prestación, la promesa era válida y suincumplimiento comprometía la responsabilidad del promitente, máxime si se pactaba una pena a cargo de este último y en favor del otro contratante.

Estas determinaciones pasaron al derecho posrománico y así llegaron, bajo la inspiración dePOTHIER49, al Código Civil francés que al proscribir, por principio, la estipulación para

otro y la promesa por otro (art. 1119), agrega: "Sin embargo, se puede prestar garantía (seporterjort] por un tercero, prometiendo el hecho de este, quedando a salvo la indemnización contra el garante o que ha prometido hacer ratificar, si el tercero rehúsa mantener el compromiso" .

472. EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Reproduce, con mayor claridad, la trascrita norma francesa, así: "Siempre que uno de los contrata.ntes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa" (art. 1507).

Las conclusiones que se deducen de este texto legal son, a saber: 11!) La promesa del hecho ajeno es, en principio, ineficaz respecto del tercero, porque no habiendo participado este en el contrato, faltaría para obligarse su consentimiento requerido para el efecto por el arto 1502 ibídem.

21!) El acto ineficaz para el tercero por haber sido celebrado por quien no era su representante, se torna eficaz para aquel si ratifica lo prometido a su cargo, y esto porque la ratificación equivale a un mandato que opera retroactivamente, como si se hubiera conferido antes o al tiempo del contrato (ratihabitio mandato equiParatur). Entonces se supone que el tercero ha contratado él mismo (art. 1505).

31!) Entre la estipulación para otro y la promesa por otro existe una diferencia de fondo: en la primera se requiere la aceptación del beneficiario, porque este adquiere un derecho, siquiera sea condicional, desde la celebración del contrato; en la segunda se exige la ratificación del tercero por quien se

promete, porque sin ella la promesa no cobra eficacia a su respecto.

4°) La prestación prometida por el tercero puede ser de dar, de hacer, o de no hacer, y este se liberta ejecutándola o, si no, compromete su responsabilidad, desde luego partiendo del supuesto de que hubiere ratificado 10 prometido por otro en su nombre.

5°) Quien promete el hecho ajeno, por el solo hecho de hacerla, contrae para con el otro contratante una obligación de hacer que tiene por objeto obtener la ratificación del tercero. Esta obligación nace del contrato, sin necesidad de declaración expresa y, menos aún, del pacto de una pena para el caso de no obtener la ratificación, según se exigía en el derecho antigu05°. Por tanto, de fallar los intentos del promitente en lograr esa ratificación, este compromete su responsabilidad en favor del contratante a quien le hizo la promesa y debe indemnizarle los perjuicios causados51; y

6°) En virtud de la diferencia ya apuntada entre la obligación que se promete por el tercero (dar, hacer o no hacer) y la que contrae el promitente, cuya objeto es obtener la ratificación de dicho tercero (hacer), el promitente no es un garante de la obligación del tercero. Si la ratificación por este se obtiene, el promitente cumple su obligación y queda liberado de responsabilidad; si no la obtiene, incumple dicha obligación y debe indemnizar al otrócontratante. Por el contrario, si el promitente fuera realmente un garante de la obligación del tercero (portefort), según 10 sugiere impropiamente el Código francés, tendría que dar, hacer o no hacer 10 prometido, como sj fuese un fiador. De ahí que para llegar a la misma solución nuestra, la doctrina francesa haya tenido que interpretar, no sin esfuerzo, la expresión portefort
(garante) en el sentido de que no es tal garante, por ser distinta su obligación de la que promete por el tercer052.

B) El contrato colectivo

473. CONCEPTO. Al estudiar las principales clasificaciones de los contratos, vimos que la expresión contratos colectivos tiene un significado sui generis, pues no denota los contratos celebrados entre varias o muchas personas, sino que, por oposición a los contratos relativos que solamente pueden generar derechos y obligaciones respecto de las partes, aquellos sí pueden pro
ducir estos efectos respecto de\terceros que ni directamente ni por representación han participado en su aprobración5:~.
La organización económica moderna, a base de grandes empresas industriales y comerciales que cuentan hasta COl1 miles de trabajadores, se opone a que las relaciones laborales entre aquellas y estos se regulen mediante contratos individuales, cortados sobre el viejo molde del contrato civil, de arrendamiento de servicios. Si el gran empresario, dentro del libre funcionamiento de la oferta y la demanda, tuviera que estipular separadamente con cada uno de sus trabajadores las condiciones laborales, el salario y prestaciones sociales, ete., la organización de las empresas devendría casi o totalmente impracticable. Por otra parte, el mencionado inconveniente tampoco podría
ser superado mediante el contrato por adhesión, en el cual el empresario f~aría las condiciones contractuales, a las que los trabajadores se limitarían a adherir, porque debido a la inferioridad económica de estos, tal sistema pondría en peligro la justicia social.

En estas circunstancias, el derecho laboral, apartándose de las directrices civilistas, ha creado dos figuras propias llamadas a solucionar el mencionado problema: a) el contrato sindical, y b) la convención colectiva de trabajo.

474. a) EL CONTRATO SINDICAL. Es el celebrado en cada empresa entre el patrono y el sindicato de base54. Esta figura no corresponde al contrato colectivo de que venimos hablando porque, teniendo dichos sindicatos la representación de sus afiliados, los derechos y las obligaciones que aquellos estipulen para estos con el patrono se explican por dicha representación y dentro del marco de los contratos relativos, llamados a producir tales efectos entre quienes han intervenido en su celebración directamente o por representación, o sea que los afiliados al sindicato no son terceros, sino partes en el contrato sindical.

475. b) LAs CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.. Reconocidas y reglamentadas por nuestro Código Sustantivo del Trabajo (arts. 467 y ss.), son las que se celebran entre un grupo de empresarios y de trabajadores pertenecientes a un mismo sector económico. Estas sí pueden llegar a imponer obligaciones y a conferir derechos a patronos y trabajadores pertenecientes al gremio respectivo, a pesar de que no hayan intervenido en su celebración. Así, pues, a diferencia de los contratos sindicales, estas convenciones sí responden al concepto del contrato colectiv055.

476. c) EL CONCORDATO. En el campo civil y mercantil el contrato colectivo se da en la figura concordataria, que consiste en un acuerdo entre el deudor y la mayoría de sus acreedores insatisfechos, el cual obliga a los demás acreedores ausentes o disidentes.

El deudor que no ha cumplido una o más de sus obligaciones puede, antes o después de hacer cesión de bienes, o de ser ejecutado o concursado civilmente, o declarado en quiebra, hacer arreglos con su acreedor o acreedores para el pago de

dichas obligaciones: la concesión de plazos, rebajas de capital o intereses, la dación en pago de determinados bienes, etc.

Estos acuerdos entre el deudor y uno o más de sus acreedores genéricamente se denominan convenios y, en principio, no requieren comentario especial, porque está dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad el arreglar los particulares sus relaciones, modificándolas o extinguiéndolas como a bien lo tengan.

Sin embargo, los convenios entre el deudor y sus acreedores, cuando estos son varios, sí pueden revestir características especiales. Así, para prevenir el concurso de acreedores del deudor civil, o la quiebra del comerciante, o para buscar mejores resultados en estos procesos, una vez instaurados, el deudor y sus acreedores pueden celebrar convenios que se denominan es

pecíficamente concordatos y que se caracterizan por no requerir el consentimiento de todos los acreedores, sino el de cierta mayoría de estos, con el

efecto de vincular a los acreedores minoritarios que no han participado en tales acuerdos. Por lo últimamente dicho, los concordatos entran en la categoría de los contratos colectivos y constituyen excepción al postulado de la relatividad de los actos jurídicos.

477. PROCEDENCIA DE LOS CONCORDATOS. El Código Civil se refiere a los concordatos en sus arts. 1680 y 1681, así: "Art. 1680. Hecha la cesión de bienes, podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes". "Art. 1681. El acuerdo de la mayoría obtenido en la forma prescrita por las leyes de procedimiento, será obligatorio para todos los acreedores que hayan sido citados en forma debida.

Pero los acreedores privilegiados, prendarios o hipotecarios, no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría si se hubieren abstenido de votar". y el art. 1683 remite: "Lo dispuesto acerca de la cesión en los artículos 1677 y siguientes, se aplica al embargo de los bienes por acción ejecutiva de acreedor o acreedores".

Vese, pues, que el Código Civil admite la procedencia del concordato dentro de los procesos de concurso de acreedores, provocados espontáneamente por el deudor que ha hecho cesión de bienes, o forzadamente por acción ejecutiva de los acreedores.

Además, el Código de omercio también contempla y reglamenta la figura concordataria dentro el proceso de quiebra de los comerciantes (lib. . VI, tít. 1I, cap. VI), e introdujo' novación importante al establecer el concordato preventivo, encaminado, com u nombre lo indica, a evitar el proceso de quiebra (lib. cit., tít. 1).

En fin, el Código de Procedimiento Civil que, según quedó dicho, unificó el procedimiento del concurso civil de acreedores y de la quiebra de los comerciantes, también hizo extensivo al primero el concordato preventivo (art. 570) .

478. CLASIFICACION DE LOS CONCORDATOS. De las precitadas determinaciones legales resulta que en materia civil el concordato es preventivo cuando se endereza a evitar el proceso de concurso de acreedores, cumpliéndose además los requisitos sustanciales del arto 570 del Código de Procedimiento Civil; y es judicial en cuanto se celebra dentro de dicho proceso. Además, el concordato preventivo es espontáneo cuando, para que tenga lugar, se requiere que sea solicitado por el deudor, con o sin la coadyuvancia del número de

acreedores que podrían aprobar el concordato dentro del proceso de quiebra (C. de P. C., art. 570)56.
5(; En materia comercial, el concordato preventivo puede ser potestativo, si lo solicita el empresario que se encuentre imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o tema razonablemente llegar a dicho estado (decreto 350 de 1989, art. 1 Q); o puede ser obli479. CONTENIDO DE LOS CONCORDATOS. El Código Civil no determina el contenido de los convenios concordatarios, sino que se limita a expresar qUe hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes
siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores (art. 1680. Véas~ C. de Co., arto 1988 y decreto 350 de 1989, arto 22).
480. REQUISITOS DE LOS CONCORDATOS. En este lugar solamente nos corresponde ocupamos de los requisitos sustanciales del acto concordatario; no asíde aquellos que miran a su formalismo procesal, regulado por el Código de Procedimiento Civil (art. 570), por el Codigo de Comercio (arts. 1986 y ss.) y por el decreto 350 de 1989. Son tales requisitos sustanciales:
12) Si el concordato es preventivo debe ser aceptado expresamente por el deudor y obtener el voto favorable de uno o más acreedores que representen no menos del 75% del valor de los créditos reconocidos y admitidos (decreto 350 de 1989, art. 30, regla 5~). Pero si el concordato se celebra dentro del proceso de concurso de acreedores o de quiebra, el porcentaje últimamente mencionado se eleva inexplicablemente al 80% (C. de Co., art. 1989).
22) Los acuerdos concordatarios deben ser de carácter general, o sea que no pueden excluir a ningún acreedor que haya sido reconocido o admitido al trámite de un concordato pre-

ventivo o en el proceso de concurso de acreedores o de quiebra, y tienen que respetar la prelación, los privilegios y preferencias establecidos por la ley; a lo que se agrega obviamente que la requerida generalidad de los acuerdos concordatarios también se opone a que en estos se establezcan discriminaciones entre los acreedores, que desmejoren la situación de alguno o algunos de ellos, según la clase a que pertenezcan conforme a la ley (C. de Co., art. 1990 y decreto 350 de 1989,art. 30, parágrafo).

32) La finalidad del cOhcdrdato es la de dirimir la colisión de intereses entre el deudor y sus acreedor~s, finalidad que determina la í~dole transacdonal de dicho acto y que lo sujeta al régimen del contrato de transacción. Conclúyese de este planteamiento que los acuerdos concordatarios deben traducir concesiones recíprocas entre las partes. De no ser así, el acto trascendería su ámbito propio, como ocurriría, por ejemplo, si los acreedores se limitasen a desistir del proceso o a renunciar a sus créditos (C. C., art. 2469), o a concederleal deudor la gracia de pagar cuando buenamente pueda. Decisiones de esta índole, fuera de que escapan a las previsiones de los artículos 1988 del Código de Comercio y 22 del decreto 350 de 1989, resul
tarían más que irritantes al ser adoptadas por una mayoría de acreedores que así sacrificaría el derecho de la minoría de ellos, sin contraprestación alguna del deudor, como lo requieren la naturaleza y finalidad transaccionales del concordato.

42) En fin, los acuerdos concordatarios no se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, sino que además deben ser homologados, vale decir, aprobados judicialmente, o por el Superintendente de Sociedades en el caso del concordato preventivo obligatorio, de modo tal que esta aproba-' ción no es un simple requisito procesal, sino que opera ad substantiam actus, determinando su eficacia (C. de Co., art.

1990 y decreto 350 de 1989, arts. 27, inc. 72, 33,47 Y 57). Corresponde, por tanto, al juez competente o al Superintendente de Sociedades revisar el trámite concordatario, para determi
nar si se han cumplido los requisitos de forma y si los acuerdos adoptados reúnen las condiciones sustanciales pertinentes.

481. EFECTOS DE LOS CONCORDATOS. Celebrado y aprobado el concordato conforme a las prescripciones legales, es obligatorio no solo para el deudor y los acreedores que lo hayan votado favorablemente, sino también para los demás acreedores ausentes o disidentes, siempre y cuando que estos hayan
sido debidamente citados (C. C., art. 1681, C. de Co., art. 1991 y decreto 350 de 1989, arto 33).
Esta normatividad de los acuerdos concordatarios se predica actualmente respecto de todos los acreedores, comoquiera que el artículo 21 del decreto 350 de 1989, que reformó lo dispuesto por el artículo 1918 del Código de Comercio, establece que "todos los acreedores del empresario de berán hacerse parte en la forma y términos señalados en el ordinal cuarto del artículo sexto de este decreto. Los acreedores con garantía real conservan la
preferencia y el orden de prelación para el pago de sus créditos, pero deberán hacerlos valer dentro del concordato. Si se presenta desacuerdo entre aquellos y el empresario o los gemás acreedores,c!"especto del valor del bien objeto de la garantía, el juez dectetará un dictamen de peritos escogidos de la lista de expertos que haya elaborado la cámara de comercio conjuris
dicción en los lugares donde estén situados los bienes. Este dictamen no será objetable; pero si el juez considera que no

está suficientemente fundado o que no presta mérito de convicción, designará nuevos peritos y rendido su dictamen f~ará el precio que corresponda". Así explica la Superintendencia de Sociedades, en su Exposición de Motivos al Proyecto de Reforma al Régimen de Concordatos de junio de 1984, la razón de ser de la eficacia general de que hoy en día están revestidos los acuerdos concordatarios: "La evolución del concordato, el cual originalmente fue concebido como una institución únicamente para los acreedores quirografarios, ha desembocado en la urgente necesidad de revisar todos los mecanismos procesales e ideológicos para incorporar a todos los acreedores, a fin de que decidan en forma colectiva la suerte de la empresa en dificultades.

"Una de las grandes fallas de la legislación nacional, fue la de permitir a los acreedores con garantía real, que generalmente son los más poderosos y los que realmente pueden ayudar al comerciante en crisis, que se abstuvie: ran el votar el concordato para que hicieran valer su crédito por separado.

"En estas circunstancias, y la experiencia lo ha demostrado, los acreedores privilegiados con garantías reales se negaban a votar el concordato para salir a iniciar los procesos ejecutivos con medidas cautelares, imposibilitando al empresario la continuidad de sus actividades mercantiles y con la frustración de un concordato aceptado por los más pobres, como lo son por regla general los acreedores quirografarios, quienes en último nada podían hacer frente a los derechos garantizados en la ley para los créditos hipotecarios o prendarios.

"De esta suerte, al acreedor con garantías reales, nada le importaba la suerte de la empresa; su crédito estaba asegurado contra la contingencia del concordato, pues no estaba llamado a colaborar en la solución del empresario deudor".

CAPíTULO II

LA OPONIBILIDAD y LA INOPONIBILIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

482. PRECISIÓN. En los capítulos anteriores hemos concluido que el pleno vigor normativo de los actos jurídicos está limitado a quienes son o se reputan partes en ellos, y que, por el contrario, dichos actos, salvas raras excepciones legales, son ineptos para conferir derechos o imponer obligaciones a los terceros, quienes están protegidos por el postulado de la relatividad de aquellos.

Ahora bien, aquí se trata de dilucidar otra cuestión diferente, pero íntimamente ligada a las precitadas conclusiones, cual es la de determinar si la eficacia de los actos jurídicos entre las partes tiene que ser siempre reconocida y acatada por los terceros o si estos, por el contrario ya lo menos en algunos casos, están legitimados para rechazar o impugnar esa eficacia entre las partes. Si lo primero, se dice que el acto es oponible a terceros; si lo segundo, que les es inoponible.

Por otra parte, importa advertir que la cuestión que se trata de dilucidar no concurre de modo exclusivo en el terreno de los actos jurídicos, sino que también se da en campos distintos, como en el de los fallos judiciales ejecutoriados que se rigen por el principio de la relatividad de la cosa juzgada, análogo al que se predica de la relatividad de aquellos actos, y que se suele anunciar de modo similar, expresando que "la cosa juzgada no perjudica ni aprovecha a quienes no han sido partes en el proceso" (res inter alios judicata allis requete

nocere neque prodesse potest), fórmula esta que también suscita la cuestión de la oponibilidad e inoponibilidad de los fallos judicial los terceros.

Pero como el tema propio de esta obra es el de los actos jurídicos celebrados entre los particulares en ejercicio de la autonomía que la ley les reconoce, al exponer la teoría al respecto limitaremos su examen a lo que se refiere a dichos actos y no a otras figuras, como la cosa juzgada que es materia de estudio por el derecho procesal.

1. La oponibilidad de los actos juídicos

483. CONCEPTO. Si el postulado de la autonomía de la voluntad privada autoriza a los particulares para arreglar porción considerable de sus relaciones sociales mediante la celebración de actos jurídicos, a condición de que, salvas las contadas excepciones legales que ya hemos enunciado 1, no se pretenda imponer derechos u obligaciones a los terceros, la lógica del sistema conduce a establecer a cargo de estos el deber de respetar esos actos ajenos, o sea, el de no desconocerlos arbitrariamente. De esta suerte, la oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros constituye la regla general y la inoponibilidad a ellos es la excepción2.
Cobra aún mayor relieve el mencionado principio general respecto de los actos jurídicos enderezados a crear situaciones permanentes en que está interesado e! orden público, tales los que tienen por objeto la constitución del estado civil de las personas, como el contrato matrimonial, e! reconocimiento o la legitimación de los hijos naturales, la adopción, etc.

Igualmente, el orden y la paz sociales están comprometidos en e! respeto de la propiedad privada y demás derechos reales, los que, por su naturaleza, son oponibles a todo e! mundo (erga omnes), a cualesquiera personas distintas de sus titulares3, lo que conduce a que los actos jurídicos que tengan por objeto la constitución o la mutación de tal clase de derechos también sean oponibles a los terceros, cuando se hayan cumplido las condiciones legales pertinentes.

La oponibilidad puede obedecer también a razones particulares que inducen al legislador a establecerla respecto de ciertos actos, como en los siguientes casos:

1 Q) En razón de la declaración de muerte pres\1nta por desaparecimiento, la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación que se dicte en e! proceso de sucesión del causante y de liquidación de su sociedad conyugal, puede rescindirse en favor de este, si reapareciere, o de sus legitimarios habidos durante e! desaparecimiento, o de su cónyuge, por matrimonio contraído en la misma época, si promueven el respectivo proceso ordinario dentro de los diez años siguientes a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la muerte presunta (C. C., arto 108 y C. de P. C., arto 657, 6).

Sin embargo, la ley dispone que las personas en cuyo favor se haya dictado la mencionada rescisión "recobrarán los bienes en e! estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales, constituidos legalmente en ellos" (C. C., art. 109). De esta suerte, los actos de enajenación o constitutivos de derechos reales celebrados por los ad

judicatarios son oponibles al desaparecido o a las demás personas beneficiarías de la rescisión de la sentencia aprobatoria de la partición o adjudica

ción4.

2Q) Los contratos celebrados por terceros de buena fe con una sociedad viciada de nulidad son oponibles a los socios de ella, o sea que dicha nulidad es inoponible a dichos terceros. Así, si un socio ha aportado un bien a la socie
dad nula y esta lo enajena a un tercero de buena fe, esta ena-jenación es opo
nible al aportante, quien no puede reivindicarlo contra el tercero, alegando
la nulidad de la sociedad (C. C., art. 2084 y C. de Co., arto 502).
De lo anteriormente dicho se concluye que la oponibilidad de los actos
jurídicos no constituye, según algunos lo entienden", excep-ción al postulado
de la re!atividad de dichos actos. Postulado cuyo alcance se limita a impedir
que los agentes pretendan imponerles derechos u obligacio-nes concretos a los terceros, sino que se trata de evitar que estos, a su vez, invadan la órbita
jurídica de las partes, negando la eficacia de actos que la propia ley reconoce.

n. La inojJonibilidad de los actos jurídicos

484. CONCEPTO. Según quedó dicho, el principio de la oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros implica el deber que estos tienen de respetar las actuaciones ajenas autorizadas por la ley. Sin embargo, tal principio no es abso-luto, pues puede ocurrir que un acto, sin imponer derechos u obligaciones a los terceros, sí pueda lesionar indebidamente otros derechos legítimos de estos, caso en e! cual deben ser protegidos, permitiéndoles desconocer y hasta impugnar el mencionado acto, vale decir, estableciendo la inoponibilidad de este frente a los terceros injustamente lesionados.

485. Los MOTIVOS DE LA INOPONIBILIDAD. Con el criterio últimamente expuesto la ley consagra los ~asos de inoponibilidad de los actos jurídicos, casos que obedecen a var~adas razones concretas. Así, unas veces se funda en que los agentes han piet~rido las formalidades prescritas para la publicidad del acto, sin las cuales este no adquiere el carácter de oponible a los terceros. Otras veces obedece a la inobservancia de ciertos requisitos sustanciales de! acto, sin los cuales este no existe jurídicamente o, existiendo, estáviciado de nulidad absoluta alegable por los terceros, como en los casos de ilicitud en el objeto o en la causa, de preterición de las solemnidades legales que miran a la naturaleza del acto y en los de incapacidad absoluta de alguno de los agentes. En fin, un acto puede llenar todos los requisitos sustanciales y de publicidad, pero lesionar directa o indirectamente un derecho ajeno, como en la venta de cosa que no es de propiedad del vendedor ni este está legitimado para enajenarla.

486. a) LA INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS DE PUBLICIDAD. Si los terceros tienen el deber de respetar la eficacia de los actos jurídicos entre las partes, es natural que el cumplimiento de dicho deber presuponga que ellos tengan conocimiento de tales actos. Por esta razón, la ley establece ciertos requisitos de publicidad que permiten presumir que los terceros están informados de la existencia del acto respectivo. Son ejemplos de este motivo de inoponibilidad:

1 Q) Los actos jurídicos rigen para las partes desde el momento de su celebración; pero respecto de los terceros, solamente desde que estos adquieren una fecha cierta.

Si el acto se ha otorgado mediante un documento público, que es el
otorgado por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, como la escritura pública pasada ante notario o el que haga sus veces, e incorporada en el respecti-

vo protocolo, dicho documento hace plena fe en cuanto a su fecha y, por este aspecto, es oponible a terceros.

Pero si el acto consta en un documento privado entre las partes, la fecha de él no se cuenta respecto de terceros, o sea que es inoponible a estos, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público, o en que conste haberse aportado en un proceso, o en que haya tomado razón de él m\ funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia (C. de P. C., art. 280).

Sin embargo, la ley puede presumir que ciertos instrumentos privados tienen fecha cierta. Así, en punto de los títulos-valores, se tiene como talla de su creación y, en defecto de mención, la de su entrega (C. de Co., art. 621). Trátase con esta presunción de proteger a los tenedores en debida forma de tales títulos.

2Q) Entre las funciones que cumple el Registro de Instrumentos Públicos está la de dar publicidad al estado o situación de la propiedad inmueble (C. C., art. 2637, 2Q, actualmente derogado). Así, está sujeto aesta formalidad todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio ti

otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario (decreto 1250 de 1970, arto 2Q, P).

Ahora bien, "por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquel" (ibídem, art. 44).

3Q) Las contraescrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efectos contra terceros, o sea que son inoponibles a estos. Y lo propio ocurre con las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contra-escritura, y del traslado en cuya virtud haya obrado el tercero (C. C., art. 1766). Agrégase a lo dicho, según acabamos de verlo en el ordinal anterior, que si la contraescritura está sujeta a registro, también es inoponible a los terceros <:.ntes de dicho registro, aunque se hayan cumplido las precitadas formalidades no~ tariales.

4Q) La cesión de un crédito produce efectos entre el cedente y el cesio nario desde la entrega del título o documento en que aquel conste o, en su defecto, desde la entrega del que se expida para constancia de la cesión (C. C., art. 1959). Pero, respecto del deudor o de terceros, la cesión no produce efecto, o sea que les es inoponible, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este (ibídem, art. 1960).

487. b) LA INOBSERVANCIA DE LAS SOLEMNIDADES LEGALES. En el apartado anterior nos referimos a la inoponibilidad proveniente de la preterición de las formalidades requeridas por la ley para la publicidad de ciertos actos que, no obstante, existen válidamente entre las partes, pero no frente a terceros. Así, por ejemplo, la compraventa de un inmueble no deja de existir ni deviene inválida entre las partes, porque se haya omitido su registro; pero, respecto de terceros, para quienes esta formalidad es un

requisito de publicidad, la compraventa les es inoponible mientras este no se cumpla.
Aquí se trata ya de las solemnidades propiamente dichas (adsubstantiam actus), sin las cuales el acto se tiene por inexistente, por no perfeccionado (C. C., arts. 1500 y 1760 Y C. de Co., art. 824), o por afectado de nulidad absoluta (C. C., art. 1741). En tal caso, la inexistencia o la nulidad no solo se predican
respecto de las partes, sino también de los terceros, quienes pueden alegarlas
precisamente para oponerse a la eficacia que el acto pudiera producir respecto de ellos.

488. c) LA FALTA DE LOS REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA O EL VALOR DEL ACTO. Lo que se acaba de decir respecto de las solemnidades legales, de las que hemos tratado separadamente para distinguirlas de las formalidades de publicidad, se predica igualmente respecto de la falta de cualquiera otra condición para la existencia del acto, como la voluntad o consentimiento, o la posibilidad y determinación del objeto, y de la falta de algunos de los requisitos para el valor de dichos actos, sancionada con la nulidad absoluta, como en los casos de ilicitud del objeto o de la causa y en los de incapacidad absoluta de alguno de los agentes.

Algunos consideran que la figura de la inoponibilidad de los actos jurídicos presupone que estos existan válidamente, o sea, que estén llamados a producir la plenitud de sus efectos entre las partes, pero no así respecto de los terceros, lo que conduce a excluir dicha figura en los casos de falta de las condiciones para la existencia y la validez de dichos actos!;.

Nosotros no compartimos esta opinión, porque, según quedó visto, la inoponibilidad consiste precisamente en que los terceros puedan rechazar o impugnar la eficacia entre las pmtes de ciertos actos. Por ejemplo, frente a una venta de confianza, contrato absolutamente simulado, la inoponibilidad de este a los acreedores o a los asignatarios forzosos no estriba en declarar que tal contrato no genera derechos ni obligaciones en pro o en contra de los mencionados terceros, sino en legitimar a estos para desconocer o impugnar los derechos y las obligaciones que las partes, sediciente vendedor y sediciente
comprador, han contraído simuladamente entre sí, como también la consi- I guiente tradición entre ellos de la cosa vendida7. Otro ejemplo: cuando se
dice que la cesión de un crédito es inoponible a terceros mientras no se CUIn- l
'
pla la formalidad de la notificación al deudor, no se está significando que, ,
hasta entonces, ese contrato no puede producir derechos y obligaciones para dichos terceros, sino que estos pueden desconocer los efectos de la cesión entre las partes, y así los acreedores del cedente pueden embargar el crédito como si este no hubiese sido cedido.
Entonces y dentro de este orden de ideas, si los terceros están facultados para desconocer o impugnar un acto, entre otros casos, por falta de las condiciones para su existencia o por estar viciado de nulidad absoluta, ello obedece a que, prescindiendo de la actitud que asuman las partes, dichos terceros pueden desconocer los efectos del acto entre estas; que es en lo que consiste '1
la inoponibilidad. I
I

489. d) LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS TERCEROS. Este criterio ocupa 1
1
lugar muy importante en el establecimiento de la inoponibilidad de ciertos I
actos jurídicos celebrados por las partes de buena fe o fraudulentamente. I
Veamos algunos casos contemplados por la ley: .
1°) Según lo vimos, la doctrina romana:y la moderna, acogidas por nuestra legislación, consideran que la simulación, en sí misma no es ilícita, porque puede obedecer a los móviles inocentes y aun respetables; pero que, sin embargo, también puede estar determinada por propósitos fraudulentos, por el ánimo de burlar la ley o d~ defraudar los derechos de terceros, como cuando los simuladores se confabulan para que uno de ellos pueda eludir el derecho de persecución que sobre sus bienes tienen sus acreedores, o el derecho del cónyuge en la socieda,d conyugal, o la participación sucesoral de los asignatarios forzosos, etc.H, y que, entonces, la ley ocurre en defensa de esos terceros defraudados, concediéndoles la acción de simulación encaminada, según su interés, a destruir el acto totalmente ficticio o a patentizar el verdadero acto disfrazado bajo una declaración aparente y así poder atacado en su real dimensión.
Igualmente, el interés del tercero puede consistir en desconocer la declaración privada de las partes y en el mantenimiento de la declaración aparente, como cuando ha negociado con una de dichas partes con fundamento en esta declaración.
En tales casos la ley se vale de la figura de la inoponibilidad del acto simulado a los terceros, estructurándola de dos maneras: o bien concediéndoles a estos la acción de simulación que equivale a hacer inoponible frente a ellos la declaración aparente, o bien autorizándolos para desconocer la declara-

ción privada que altera la aparente, lo que también equivale a declarar inoponible dicha declaración privada9.

2°) El acto que defrauda el derecho de persecución que tienen los acreedores sobre los bienes de su deudor puede ser real, bien sea que se encuentre disfrazado por una declaración ficticia, como cuando se encubre una donación con el ropaje de una venta, o bien cuando se trata de una venta real, sin el subterfugio simulatorio.

Contra estos actos que, se repite, son reales pero celebrados a sabiendas de la mala situación del deudor que se empobrece con peIjuicio de sus acreedores, la ley les concede a estos un recurso impugnatorio que entraña una manifestación de la inoponibilidad. Dicho recurso es la acción pauliana o revocatoria, enderezada a destruir el acto fraudulento y a reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos-lO.

3°) En nuestro sistema positivo, al igual que en el romano, la enaje

nación de bienes por acto entre vivos supone la concurrencia de dos actos jurídicos distintos: el título, que consiste en un contrato traslaticio, como la venta, la permuta, la donación, etc. (C. C., art. 745), y el modo o tradición, que consiste en la entrega real, simbólica o ficti<;ia de la cosa, con el ánimo recíproco de enajenarla y de adquirirla (ibrdem, arts. 740 y 756).

El título o contrato traslaticio, por sí solo la trasfiere el dominio o derecho real, a diferencia de lo que ocurre en FranCia, sino que se limita a producir la obligación de hacer la tradición de la cosa sobre la que versa dicha obligación. Por este motivo, el arto 1871 declara que "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se

extingan por el lapso de tiempo". Según este texto -que es aplicable a cualquiera otro contrato traslaticio-, se configura un caso de inoponibilidad dedicho contrato en favor del verdadero dueño de la cosa y esto último se da también ya en el campo de la tradición de cosa ajena, porque para que este modo de adquirir produzca la trasferencia se requiere que el tradente sea dueño de dicha cosa, pues, de no serIo, "no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los trasmisibles del misII:\a
tradente sobre la cosa entregada" (C. C., art. 752), o sea, que esa tradición es inoponible al verus dominus, quien puede reivindicarla, mientras su derecho no se extinga por prescripciónll.

490. CÓMO SE HACE VALER LA INOPONIBILIDAD. Depende de cada caso Concreto. La regla general es la de que la inoponibilidad sea alegada por los beneficiarios a manera de excepción enderezada a enervar la acción que contra
ellos se ejerza para oponerles el acto respectivo. Tal el caso, por ejemplo, de un acto en que se hayan preterido las formalidades legales. Pero, en otros casos, la inoponibilidad se hará valer mediante el ejercicio de una acción, como en los de simulación, fraude a los acreedores, nulidad absoluta, etc.
De todas maneras, lo cierto es que, salvo en los casos de inexistencia manifiesta y de nulidad absoluta, el juez no puede declarar de oficio la inoponibilidad, sino únicamente a instancia del beneficiario o beneficiarios.

CAPÍTULO III
LA INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN E INTEGRACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

lo La interpretación de los actos jurídicos

491. CONCEPTO. Interpretar un acto jurídico es averiguar el verdadero sentido y el alcance de sus estipulaciones. Quienes tienen que pronunciarse sobre un acto jurídico, especialmente los jueces llamado-s a aplicarlo, tienen que comenzar por entenderlo rectamente, lo que con frecuencia resulta difícil debido a la oscuridad, imprecisión, ambigüedad o deficiencia de las cláusu
las empleadas por los agentes para expresar su voluntad, y hasta debido a contradicciones entre dichas cláusulas. En estos casos corresponde al intérprete desentrañar el real significado de las declaraciones formuladas y armonizarlas en cuanto ello sea posible.
492. Los SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN. Dependen estos de la actitud asumida por los respectivos ordenamientos jurídicos frente a la importante cuestión de fondo de que ya nos hemos ocupado ampliamente, cual es la de elegir entre la prevalencia de la voluntad real de los agentes sobre la declaración o expresión material de ella, o, a la inversa, la prevalencia de la declaración sobre la voluntad real.

493. LA INTERPRETACIÓN EN LA DOCTRINA CLÁSICA LATINA. La cuestión de fondo ya se encuentra planteada desde los orígenes del derecho occidental, así como también las consecuencias que se derivan de su solución respecto de
la interpretación de los actos jurídicos. En efecto, ya vimos que el derecho romano primitivo fue esencialmente formalista hasta el punto de negar, por principio, la eficacia jurídica de la voluntad privada (nuda pactio obligationem non parit), para atribuírsela a la observancia de ritos y formas precisas (jorma dat esse rei). Naturalmente, dentro de este crudo simbolismo, el problema de la interpretación de los actos jurídicos no se presentaba: si en la celebración del acto o contrato se había observado la forma sacramental pertinente,

dicho acto existía y su contenido quedaba fijado, de una vez, por la eficacia predeterminada de tal forma; y, por el contrario, si esta forma no se había empleado o se había alterado, el acto no existía y nada había que interpretar.

El problema surgió cuando el derecho que los honorarios, enfrentado al pujante crecimiento del comercio, se vio er, 752),tcesidad de crear nuevos tipos contractuales que ya no se regían por e!Üvip.-guo sistema formalista2.
Por 10 tanto, los jurisconsultos, a falta de! c.lterio único y suficiente que les ofrecía el simbolismo primitivo, tuvieron que idear reglas que les sirviesen para valorar los actos y contratos que escapaban a dicho sistema. Así, establecieron ellos la distinción entre los actos de derecho estricto (stricti juris) y los actos de buena fe (bonae fidei). En los primeros no cabía otra interpretación que la predeterminada por la solemnidad pertinente; en los segundos ya era necesario indagar su sentido y alcance.
Para este último objeto había que elegir un criterio compatible con las razones que inspiraron la creación de las nuevas formas contractuales, o sea, con el propósito de liberar la voluntad de los agentes jurídicos de las ritualidades arcaicas. Tal criterio, dentro del admirable sentido práctico de los jurisprudentes, tenía que ser -y 10 fue- el de investigar la voluntad real de los agentes para hacerla prevalecer sobre su expresión material, al contrario del sistema que regía y siguió rigiendo para los contratos stricti juris.
En consecuencia, dichos jurisprudentes diéronse a establecer reglas de hermenéutica que orientasen la labor del intérprete y evitasen que este, so pretexto de consultar la buena fe predicada para la ejecución de los actos por interpretar, sustituyese en la intención de los agentes por su propio parecer.

Las enseñanzas de los jurisconsultos romanos al respecto perduraron y perduran en el derecho occidental. Así, fueron recogidas por DOMAT y POTHIER, consagradas por el Código de Napoleón y, gracias a la influencia que este ha tenido, han sido trasladadas a ordenamientos posteriores, como el español, el italiano, el chileno-colombiano y otros.

494. LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORíA DE LA PREVALENCIA DE LA DECLARACIÓN. En su oportunidad vimos también que un sector de la doctrina, inspirada en el pensamiento de algunos pandectistas alemanes de finales del siglo XIX,
resolvió apartarse de la tradición inveterada del derecho occidental para afirmar la prevalencia en los actos jurídicos de la declaración formulada por los agentes sobre la real voluntad de ellos3.
Esta variante doctrinaria que, repetimos, afortunadamente no ha encontrado repercusión en las codificaciones civiles modernas, ni siquiera en la alemana de 19004, desemboca en la tesis de que, luego de haberse producido la declaración de los agentes, esta cobra vida propia, independizándose de la voluntad que le dio origen, para convertirse en una regla o precepto de conducta que se impone por sí mismo en la vida social y jurídica, al igual que la ley strictu sensu, o sea, el precepto dictado por el mismo legislador.

Consecuencia natural de tal postura es la de que e! intérprete de un acto jurídico nada tiene que ver con la intención de los agentes, porque esta se ha agotado en la declaración, "así como una ola es absorbida por la ola siguiente". De esta suerte, dicho intérprete, especialmente si se trata de un juez, en lugar de perder tiempo averiguando la ya inasible voluntad de los agentes, debe darle a la declaración e! sentido

que mejor cuadre con la función que el acto está llamado a cumplir en la vida social.
Lo dicho significa -y baste el comentario a manera de crítica- que este curioso sistema de hermenéutica conduce a que la voluntad de los agentes, en la cual el legislador delega sus poderes para la regulación de los intereses de ellos, se sustituye por el criterio que el juzgador se forme de la finalidad sociológica a que la declaración, único contenido del acto, deba responder. Así se remplaza el postulado de la autonomía de la voluntad privada por el de la arbitraria soberanía judicial".

495. EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Repetidamente hemos declarado que nuestro Código consagra en toda su pureza la tesis latina de la prevalencia en los actos jurídicos de la voluntad real de los agentes sobre la ex presión material de ella. Consecuentemente, en punto de la interpretación de dichos actos, le ordena al intérprete atender primordialmente a esa voluntad o intención real, a la vez que le suministra una serie de reglas para el efecto que, según quedó dicho, encuentran su determinación en la exégesis que DOMAT y POTHIER hicieran de los textos romanos pertinentes,

496. EL PRINCIPIO GENERAL. Está consagrado en el art. 1518 del Código que inicia el tratado de la interpretación de los actos jurídicos (desde luego reducido, según su ya comentada metodología, a los contratos, que apenas si son una especie de dichos actos). Tal principio es el que gobierna e inspira todas las reglas consagradas por el Código sobre la interpretación proPiamente dicha de los actos jurídicos. Preceptúa el mencionado artículo: "Conocida claramente la

intención de los contratantes, deberá estarse más a ella que a lo literal de las palabras".

En el sentir de algunos, el texto legal trascrito tendría la virtud de autorizar al intérprete, sobre todo si este es un juez, para prescindir a su arbitrio del claro tenor literal de la declaración y a indagar si ha sido otra distinta la intención de los agentes que ella pretende traducir, o si dicho tenor se Compadece o no con la finalidad social a que el mencionado acto apuntali. No. El texto legal es diáfano: parte del supuesto de que se encuentre claramente establecida la discrepancia entre la intención real y su expresión material, lo que podría ocurrir, por ejemplo, cuando en un proceso quede plena y claramente acreditado que uno de los agentes, por desconocimiento del idioma o por ignorancia del significado técnico o usual de las expresiones empleadas, suscribió un documento cuyo contenido no corresponde al negocio que pretendió celebrar. Es, entonces, cuando el intérprete está autorizado para desechar el tenor literal de lo declarado y preferir la voluntad real, bien sea para acatarla, o para declararla viciada, o con otra finalidad jurídica pertinente.
Pero mientras no esté "claramente" establecida, como lo exige el comentado texto legal, la antítesis entre la intención de los contratantes y la declaración que estos hacen de ella, el intérprete debe respetar esta declaración, y esto por la razón obvia de que es de presumir que los términos empleados por los agentes lo han sido conscientemente; que estos han materializado su verdadero querer interno, o sea, que lo han interpretado de modo auténtico.

497 LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA. Esta puede resultar no solamente del tenor literal correctamente empleado por los agentes, según acabamos de verlo, sino también de

otras circunstancias, bien sea que ellas resulten de la apreciación conjunta de todo el contenido del acto, o bien por actuaciones realizadas por dichos agentes, antes o después de la celebración del acto.

Así, una cláusula, a primera vista o~cura o ambigua, puede resultar clarificada por otras cláusulas del mismo actp, p,orque estas cobran así el carácter de interpretaciones auténticas de aquella. De ahí que el arto 1622, en su inciso primero, preceptúe: "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad". Por ejemplo, si en un contrato las partes declaran en una cláusula celebrar una compraventa, pero en otra u otras resulta que la mayor parte del precio se paga, no en dinero, sino con la dación de otra especie, el intérprete tendrá que concluir que la real intención de las partes fue la de tratar de una permuta y no de una compraventa (C. C., art. 1850).

En este mismo campo de la interpretación auténtica, puede ocurrir que las deficiencias, oscuridades o ambigüedades en las estipulaciones del acto de que se trata obedezcan a que los agentes den por sabido que dicho acto debe ejecutarse en la misma forma en que lo han sido otros actos celebrados entre ellos mismos y sobre la misma materia de aquel. Entonces, estos otros aCtos ofrecen un criterio para determinar el sentido y alcance del acto controvertido (art. 1622, ine. 2). Por ejemplo, si con anterioridad al contrato de arrendamiento de una finca rural, por un precio de mil pesos pero sin especificar si este corresponde a un período de un mes o de un año, se había celebrado entre las mismas partes otro contrato de la misma especie y sobre la misma finca, especificando que el precio era de ochocientos pesos mensuales, resulta claro que la intención de dichas

partes fue la de renovar el primer contrato, subiendo el precio mensual de ochocientos a mil pesos.

Pero este criterio tiene sus límites lógicos. La interpretación analógica de un acto celebrado entre las mismas partes está limitada, según lo dice el texto legal citado, a que entre tales actos haya identidad de materia. Entonces, sería inaceptable la interpretación del contrato de arrendamiento de una finca por el de otra diferente.

Concuerda con este criterio el consagrado por el art. 1619: "Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado". No se puede presumir como interpretación auténtica de un acto lo que los agentes hayan estipulado sobre materias diferentes.

Más aún, ¿qué mejor criterio para averiguar la real intención de los agentes que el comportamiento que estos hayan observado en la ejecución del acto? De ahí que el citado art. 1622, en su inciso 3Q, disponga que las cláusulas contractuales también podrán interpretarse "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte". Así, en el ejemplo últimamente propuesto, si el arrendatario ha pagado durante cada uno de los dos meses primeros del contrato el precio de mil pesos, ¿cómo podría ser recibido a alegar que ya ha pagado más de lo debido por el año y que está exento de continuar haciéndolo durante los diez meses subsiguientes?

Puede darse el caso de que las expresiones empleadas por los agentes sean ambiguas o ambivalentes hasta el punto tal de que tomadas en un sentido resulten eficaces, pero interpretadas en el otro sentido resulten inútiles. Tal es el supuesto contemplado por el art. 1620, a cuyo tenor "El sentido en que una cláusula puede producir aIgun efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Esta regla obedece también al criterio de que se debe atender primordialmente a la interpretación auténtica que los agentes les den a sus estipulaciones. Necio sería que estos insertasen en el acto una cláusula totalmente inoficiosa. Luego, la interpretación de dicha cláusula en el sentido en que ella pueda producir algún efecto, es la que debe preferirse. El ejemplo clásico traído por POTHIER es el de la partición de un fundo entre Pedro y Pablo, y
por la cual se expresa ambiguamente que Pablo podrá transitar por el predio.
La interpretación lógica y que consnta la real intención de las partes es la de que Pablo podrá transitar por el predio de Pedro y no la de que Pablo podrá transitar por el predio de su propia heredad, porque esto último carecería de sentid07.
498. LA A;YlBICÜEDAD INS~!PERABLE. Hasta este momento hemos citado y comentado las reglas que gobiernan la interpretación propiamente dicha de los actos jurídicos, derivados de la posición filosófica del derecho latino, según la cual la voluntad real de los agentes debe prevalecer sobre su declaración o expresión material. En efecto, según se ha visto, tales reglas coinciden en el propósito de orientar al intérprete en la investigación de la verdadera intención que ha animado a los agentes en la celebración de su acto, señalándole a dicho intérprete pautas o criterios que le permitan descubrir esa intención con fundamento en la interpretación auténtica que los agentes les hayan dado a sus estipulaciones, atendiendo a si estos han empleado o no el léxico correcto; a las actuaciones de ellos anteriores o posteriores a la celebración del acto, al contexto global de dicho acto, etc.
Pero bien puede ocurrir que las precitadas reglas de indagación intencional no sean bastantes para disipar la ambigüedad u oscuridad de una o

algunas cláusulas o estipulaciones insertadas en el susodicho acto. Podría entonces ocurrir que el intérprete, frente a tal situación, pretendiera superar la ambigüedad, imponiendo su propio y personal criterio.
Para 'precaver este riesgo el legislador le dicta imperativamente al intér
prete la solución que este debe adoptar. Preceptúa el art. 1624: "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".
El trascrito texto legal ha dado motivo a controversias relativas a su conveniencia o inconveniencia y con el al~anfe que deba asignársele en vista de sus antecedentes históricos8.
En nuestro sentir, las reglas allí dadas obedecen a la filosofía del Código Civil y son convenientes. La facultad conferida por la ley a los particulares para arreglar sus relaciones jurídicas mediante la celebración de actos jurídicos corresponde a dichos particulares y no a su intérprete, sea este o no un juez9. De suerte que si los agentes al dictar su propia ley incurren en ambigüedades insuperables, es preferible que sea el propio legislador que les ha conferido dicha facultad, quien determine la forma de disipada, y esto es precisamente lo que hace el texto legal comentado.

En primer lugar, la política general del Código es la de resolver los casos dudosos en favor del deudor. Así, en las obligaciones a plazo se presume que este se ha establecido en favor del deudor, quien, por ende, está facultad o

para renunciado, a menos que se haya estipulado o aparezca que es un
beneficio en pro del acreedor, corno cuando se ha pactado el pago de un interés remuneratorio durante dicho plazo (art. 1554)1°: en las obligaciones alternativas, la elección entre las prestaciones debidas, en principio, también corresponde al deudor (art. 1557)11; si la obligación es de género, el lugar del pago es el domicilio del deudor (art. 1646)12; etc. Concuerda, pues, con esta filosofía general la regla primera del citado art. 1624, a la que es inoficioso buscarle asidero en instituciones o principios extraños, como el que es propio del derecho procesal y conforme al cual las dudas deben resolverse en favor del demandado (in dubio pro reo).

En segundo lugar, también armoniza con la filosofía del Código la regla segunda del comentado art. 1624. El agente que redacta una cláusula debe proceder con el cuidado necesario para que esta no adolezca de ambigüedad, dando para el efecto las explicaciones indispensables para disipada. Si así no lo hace, incurre en culpa que le acarrea responsabilidad que, para el efecto, se traduce en que dicha ambigüedad se interprete en contra suya.

II. La calificación e integración de los actos jurídicos

499. PRECISIÓN. Según venimos de vedo, la labor interpretativa de los actos jurídicos en nuestro sistema consiste en la averiguación de la realintención de los agentes y, si es del caso, en el cotejo de ella con su declaración o expresión material, a fin de que aquella prevalezca sobre esta.

Cuestiones distintas, aunque íntirpamente relacionadas con la interpretación propiamente dicha, son las 'tocantes a la calificación jurídica del acto y la determinación de los efectos que está llamado a producir, lo que ya trasciende el ámbito de la mera averiguación de la voluntad real de los agentes. Investigada esta voluntad según las reglas legales ya analizadas, el

problema que se plantea, especialmente aljuez, es el de resolver si debe atenerse estrictamente a los resultados de tal investigación, en forma tal que, al aplicar el acto debe ceñirse a lo querido y manifestado por los agentes, o si, por el contrario, le es dable deducir efectos no previstos por dichos agentes, pero que resultarían pertinentes, habida cuenta de la naturaleza de dicho acto conforme a su propia disciplina, o de otros factores, como los usos sociales, la equidad, etc. Por ejemplo, en una convención, una de las partes se obliga a hacerle tradición a la otra de cosa determinada y esta, a su vez, se obliga a pagarle a aquella cierto precio, y nada más. Frente a este acto, en el que se ofrecen los elementos esenciales (essentialia negotii) de una compraventa (C. C., arto 1849), la cuestión que se suscita es la de determinar si, ante el silencio de los contratantes, tienen o no eficacia las normas legales que disciplinan ese con
trato tipificado (naturalia negotii), v. gr., las que se refieren al saneamiento por evicción (ibídem, arts. 1914 y ss.), o con la resolución por incumplimiento (ibídem, arts. 1930 y ss.), o con la rescisión por lesión enorme (ibídem, arts. 1946 y ss.) etc.; y si también es dable incorporar o no al negocio otras directrices, como serían las resultantes de los usos y costumbres sociales o los dictados de la equidad, etc.

Pues bien, según lo veremos seguidamente, el enfoque de las cuestiones que suscitan la calificación y la integración de los actos jurídicos depende de la disciplina específica que para el efecto adopte cada ordenamiento positivo
o, todavía más, de la interpretación que le den sus comentaristas.

500. EL DERECHO FRANCÉS. Dentro de la filosofía ra-Cionalista que dominaba la doctrina jurídica al tiempo de la expedición del Código de N apoleón, los efectos de los actos jurídicos se atribuían exclusivamente a la voluntad de los

agentes, así erigida en "fuerza creadora" de dichos efectos e indepen
diente de la ley, la que debería limitarse a visar la intención de tales agentes, a interpretarla cuando fuera oscura o dudosa ya hacerla cumplir como si se tratase de un mandato del propio legislador. De ahí la resistencia que se presentó en la comisión redactora del Código mencionado a que las deficiencias que revelara la manifestación de la voluntud privada pudieran ser suplidas me
diante la integración de los actos jurídicos con las normas dic-tadas por el legislador e inspiradas en la experiencia milenaria relativa a la naturaleza de cada acto de que tratara13.
ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales" .
El arto 1603 consagra el postulado de la buena fe contractual, así: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".
y los arts. 1621 y 1623, indebidamente interpolados en el tratado de la interpretación de los contratos, cuando realmente corresponden a cuestiones diferentes, como son la calificación jurídica y la integración de los actos, declaran:
"Art. 1621.-En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".
"Art. 1623.-Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda".

A los textos trascritos del Código hay que agregar el arto 8Q de la ley 153 de 1887, que estatuye reglas generales para el supuesto de que no se encuentre norma legal exactamente aplicable al caso controvertido: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Del conjunto de las precitadas reglas resulta el régimen legal pertinente a la calificación y a la integración de los actos jurídicos.

502. LA CALIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

Agotada la etapa interpretativa de la intención real de los agentes, mediante la aplicación de las reglas de hermenéutica examinadas en el apartado anterior, el intérprete, especialmente
,si es un juez llamado a aplicar el acto de que se trata, debe entrar a determinar si :reúne o no los elementos esenciales para su existencia, y, en caso afirmativo, a cuál clase o categoría pertenece (art. 1501). Por ejemplo, partiendo del supuesto de que el consentimiento prestado configure la compraventá. de cierto bien inmueble, si no se ha observado la solemnidad prescrita para tal acto, cual es el otorgamiento de escritura pública, el juez tiene que concluir que este no existe jurídicamente. Si las partes han calificado su contrato como si se tratara de una compraventa, pero el precio falta o la mayor parte de él consiste en la tradición de una cosa. distinta del dinero, el juez debe colegir, según las circunstancias, que el contrato estructura una donación o una permuta, respectivamente. Y si las estipulaciones que integran el contenido del acto no encajan en ninguno de los tipos reglamentados por la

ley, el juez debe concluir que lo celebrado es un acto o contrato atípico.
En suma: la misión de unjuez frente a un acto controvertido no se agota en su interpretación propiamente dicha y que es una cuestión de hecho, como

Pero, a la postre, la aludida resistencia resultó vencida, porqu? ya comenzaba a perfilarse la rectificación del pensamiento racionalista de sus excesos doctrinarios, y la afirmación de la subordinación de la voluntad privada a las normas legales que la reconocen y la dotan de eficacia jurídica, y que también pueden complementarla cuando esta sea deficiente14.

501. EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. El arto 1501 consagra la distinción clásica entre los elementos integrantes del objeto específico de cada acto jurídico, así: "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia
de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial quiera que consiste en averiguar cuál ha sido la real intención de los agentes, sino que va más allá, en cuanto dicho juez no solamente está autorizado, sino legalmente obligado a dar un paso más, cual es el de determinar si tal acto existe o no, vale decir, si se ha perfeccionado jurídicamente y, en caso afirmativo, cuál es su naturaleza específica, cuestión esta que ya no es de hecho

sino de derecho, y que puede llegar hasta la rectificación de la calificació~ equivocada que le hayan atribuido los agen-tesl5.

503. LA INTEGRACIÓN DE LOS AcrOS JURÍDICOS. La calificación jurídica del acto judicialmente controvertido cobra su mayor importancia en cuanto se endereza a la determinación del régimen legal que le corresponde. En efecto, de ordinario ocurre que los agentes se limiten a expresar los elementos esenciales de su negocio (essentialia negotii), y que dejen de pronunciarse acerca de otros tópicos que, no obstante, según la ley, son de la naturaleza de aquel (naturalia negotii), caso en el cual tales cuestiones deben ser resueltas atendiendo a las prescripciones legales pertinentes, lo que, como es obvio, también constituye un problema de derecho y no simplemente de hecho.

Por consiguiente, cabe aquí recordar la clasificación de los actos jurídicos en típicos Y atípicos, según que estén o nopar-ticularmentereglamentados por la ley.

Si se trata de un acto típico, el juez al integrado tiene que atender al orden de prelación normativa propio de esta clase de actos, a saber: a) las normas legales imperativas; b) las estipulaciones lícitas de los agentes, sean esenciales o accidentales; c) las normas legales que reglamentan el acto estipulado y que están llamadas a regir por vía supletiva en el caso de silencio de los agentes al respecto; d) las normas generales de los actos jurídicos; e) la analogía de ley; y f) la analogía de derecho (ley 153 de 1887, arto 82)16.

Pero si eljuez encuentra que el acto es atípico, que no encuadra en ninguna de las especies particularmente reglamentadas, el orden de prelación normativa que debe observar para su integración varía así: a) las normas legales imperativas; b) las estipulaciones lícitas de los agentes; c) las normas genera-

les de los actos jurídicos; d) la analogía de ley; y e) la analogía de derechoI?

III. La apreciación judicial y el recurso de casación

504. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA. Con el fin primordial de unificar la jurisprudencia se estableció en Francia el recurso de casación (de casser, romper) COntra las sentencias de los juzgadores de instancia violatorias de la ley, lo que determina el carácter extraordinario de dicho recurso.

Dentro de este marco, la jurisprudencia y la doctrina comenzaron a examinar, en forma lenta y vacilante, la procedencia o improcedencia del recurso de casación referente a las apreciaciones que respecto de los actos jurídicos hicieron los sentenciadores de instancia.

No es este el lugar a propósito para describir cronológicamente la evolución doctrinaria en la materia. Para nuestro objeto, basta registrar su estado actual según el dictamen de autorizados tratadistas.

En Francia, la apreciación de las cuestiones de hecho corresponde soberanamente a los sentenciadores de instancia y escapa al control de la Corte de Casación, cuya misión se reduce a asegurar la recta inteligencia y aplicación de la leylR.

La interpretación de los actos jurídicos en esta concepción es una cuestión de hecho. Con ella se trata de averiguar cuáles son los efectos queridos por los agentes, lo que no se refiere a la interpretación y aplicación del de recho objetivo, o sea, de las leyes. Por ello, las reglas contenidas en el tratado de la interpretación de los contratos serían simples consejos que el

legislador les ofrece a los jueces para el mejor cumplimiento de su misión soberana, y cuya violación no apareja la casación.

Sin embargo, este poder así otorgado a los jueces ha sufrido importantes restricciones que implican el control de él en casación.

En primer lugar, no pueden ellos modificar las estipulaciones de los agentes, tales como aparecen nítidamente precisadas en el acto. Con otras palabras: conocida claramente la real intención de los agentes, el juez no podría dejar de aplicar el acto por ningún motivo, como lo sería el de considerar que las estipulaciones resultan excesivas o inequitativas. La facultad de
regular las relaciones corresponde a los agentes y no al juez, quien al pretender desconocedas o modificadas, según su parecer, violaría el postulado de la normatividad de los actos jurídicos o "ley contractual" (C. C. francés, arto 1134). Tal es la razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia francesas han
rechazado con razón la teoría de la imprevisión, la que conduce al incumplimiento de los actos jurídicos cuando, a consecuencia de circunstancias posteriores a su celebración, la ejecución se ha hecho, no imposible, sino solamente más gravosa o difícil.

En segundo lugar, si bien los jueces de instancia están facultados para calificar los actos jurídicos, o sea, para determinar si son atíPicos o a qué especie típica corresponden, pudiendo así modificar la calificación equivocada que les hayan dado los agentes, los errores judiciales a este respecto también
son censurables en casación, porque esta ya no es una cuestión de hecho, sino de derecho y que puede conducir, no solamente al desconocimiento de la voluntad real de los agentes con quebranto del postulado de la normatividad o

"ley contractual", sino también a una falsa integración del acto, mediante la falta de aplicación de las normas legales pertinentes o la aplicación indebida de las que rigen el acto supuesto por el juez.

En otros países, donde se ha organizado el recurso de casación al igual que en Francia, por ejemplo en Alemania, Italia, Chile, ete., la jurisprudencia y la doctrina han venido acogiendo las vacilantes soluciones francesas sobre la apreciación judicial de los actos jurídicos y su control mediante dicho recurso!9.

505. EL DERECHO COLOMBIAN020. Nuestro Código de Procedimiento Civil también consagra el recurso extraordinario de casación, aunque apartándose de la concepción clásica francesa. En efecto, visto está que, según esta concepción, la procedencia del recurso está limitada al control de la recta interpretación y aplicación de la ley, quedando así excluidas las cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde soberanamente a los jueces de instancia; y que esto ha determinado la distinción que la doctrina y la jurisprudencia de los países que adoptan tal sistema han tenido que hacer entre la interjJretacián propiamente dicha de los actos jurídicos o investigación de la voluntad de los agentes por una parte, cuestión de hecho que queda agotada en las instancias y que la Corte de Casación recibe como un tema ya intangible (thema decissum), y la calificación e integración de dichos actos, asícomo su respeto cuando son claros y precisos, por otra parte, que ya son cuestiones de derecho susceptibles de revisión en el recurso extraordinario.

En Colombia no existe la precitada distinción tajante entre las cuestiones de hecho y de derecho para la procedencia del recurso de casación en punto de la apreciación judicial de los actos jurídicos, porque la organización de dicho recurso sí le permite a la Corte revisar, dentro de ciertos límites, los erro-

res de hecho y de valoración probatoria que hayan cometido los sentenciadores de instancia, inductivos a la violación de la ley sustancial. El art. 368 del Código de Procedimiento Civil, que relaciona las causal es de casación, coloca en primer término: "Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial",y seguidamente agrega: "La violación de norma de derecho sustancial puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba" .

Ves e, por tanto, que en nuestro sistema es procedente la casación de un fallo acusado, no solamente cuando el sentenciador ha apreciado con exactitud la situación fáctica sub lite, o sea, sin cometer error alguno a este res
pecto, pero ha quebrantado directamente las leyes sustanciales por falta de
aplicación de las que son pertinentes al caso, o por indebida aplicación de
las que no le corresponden, o por aplicación de las primeras [un dada en una interpretación errónea de las normas legales que las hace actuar en un sentido
o con un alcance que estas no tienen. Pero, además, dicho recurso extraor
dinario también procede cuando el fallo acusado ha incurrido en la violación
de las leyes sustanciales, en cualquiera de las modalidades descritas, no ya
directamente, sino indirectamente, a consecuencia de errores que haya come
tido el sentenciador al apreciar la situación fáctica sub judice, bien sea que

tales errores consistan en haberles dado a los medios probatorios aportados
al proceso un valor que la ley no les asigna, o por haberles restado el que esta
les atribuye (error de derecho en la apreciación probatoria), o bien sea
porque el sentenciador ha pasado por alto la existencia misma de tales
medios probatorios, o habiéndolos visto les ha cercenado su real contenido
objetivo (error de hecho por preterición), o por que ha supuesto medios que
no existen en el proceso o que, existiendo, no dicen lo que el sentenciador
les atribuye (error de hecho por suposición).

Clara es la filosofía de este sistema que difiere el clásico francés. Reco
noce que la meta final a que apunta el recurso extraordinario de casación es
la unificación de la jurisprudencia, mediante el aseguramiento de la recta
inteligencia y aplicación de las leyes por los sentenciadores de instancia. Pero
tales leyes no son las de cualquier clase, sino las que tienen el carácter de sus
tanCiales, o sean, las que en presencia de una situación fáctica concreta,
declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre los parti
culares, según las tiene ya definidas la más reciente doctrina de la Corte. Al
quebranto de estas leyes sustanciales puede llegar el sentenciador, habiendo

apreciado debidamente la situación fáctica sub lite, es decir, sin haber incu
rrido en error alguno al respecto; pero también puede llegar a tal resultado
a consecuencia de la adulteración de esa situación fáctica que sirve de presu
puesto, a la manera de premisa menor de un silogismo para el funcionamien
to de las leyes)' la producción de los efectos sustanciales previstos en estas.
Finalmente, esta última ampliación de la efectividad del recurso ex
traordinario de casación, que lo diferencia de la concepción clásica francesa,
no lo convierte en una nueva instancia del proceso, en la que hayan de ven
tilarse todas las cuestiones de hecho que integraron el temario de los grados
inferiores, ya que el examen de tales cuestiones en casación está circunscrito a averiguar si respecto de determinadas pruebas se han presentado errores de
valoración jurídica de ellas o errores manifiestos o contraevidentes en cuanto
a su presencia física en el proceso o a su real contenido objetivo, errores unos y otros que deben ser alegados y probados por el recurrente, así como también su incidencia en la violación de la ley sustancial.

Dentro de la descrita disciplina del recurso extraordinario de casación
la Corte Suprema, desde que inició su misión unificadora de la jurispruden~ cia nacional, ha venido controlando holgadamente los errores en la apreciación de los actos y contratos

cometidos por los tribunales de instancia, dentro de las siguientes directrices generales: a) la interpretación de los actos jurídicos consiste en averiguar la real intención de los agentes; b) esta es una Cuestión de hecho, comoquiera que se refiere a las cláusulas o estipulaciones aisladamente consideradas o en su contexto, a las circunstancias que han rodeado la celebración del acto, al desarrollo práctico que las partes les hayan dado, etc.; c) en tal labor el juez debe consultar las normas legales sobre interpretación, las cuales primeramente fueron consideradas como simples guías o consejos para el efecto, pero posteriormente se ha declarado, con sobrada razón, que ellas son de obligatoria observancia por los jueces, pues la función de la ley no es la de aconsejar, sino la de mandar; d) los jueces no son soberanos en el ejercicio de su función interpretativa, sino que gozan de una discreta facultad al respecto, controlable en casación cuando hayan incurrido en errores de derecho en la valoración de las pruebas, o errores de hecho manifiestos o contraevidentes respecto de la existencia o del contenido ob
jetivo de los medios allegados al proceso; e) Los errores de hecho o de valoración probatoria, o la inobservancia de las reglas legales sobre interpretación de los actos jurídicos, por sí solos, no son bastantes para la infirmación del fallo acusado, sino que es indispensable que ellos hayan inducido al quebranto de la ley sustancial; f) este quebranto, censurable en casación, se presenta cuando el sentenciador, a consecuencia de sus precitados errores, desnaturaliza el acto, calificándolo indebidamente y, por ende, dejando de aplicarle las normas' sustanciales pertinentes, o aplicándole las que no le corresponden, o interpretando erróneamente las que aplica; g) en fin, en este quebranto de la ley sustancial, concretamente, del art. 1602 y otros del

, Código Civil, que consagran el vigor normativo de los actos jurídicos, incurre
el sentenciador que, sin error en la apreciación del acto controvertido, resuelve desconocerlo o modificar sus efectos claramente queridos por los agentes.

506. UNA DOCTRINA EQUIVOCADA DE LA CORTE. En algunos fallos de esta alta corporación21, rectificados en la sentencia proferida por ella el 2 de junio de 197022, se pretendió establecer una clasificación de los varios motivos tocantes a la apreciación de los contratos por los sentenciadores de instancia que
dan lugar a la procedencia del recurso extraordinario de casación en el ámbito de la causal primera.
La doctrina de los aludidos fallos se condensa así en el de fecha 23 de febrero de 1961: "...aparece, pues, que en punto de la interpretación de los contratos, es viable un cargo en casación en estos tres casos: 1 2) Por error
jurídico: a) cuando hay violación directa de la ley del contrato frente a los preceptos que regulan su naturaleza y sus efectos; b) cuando la infracción se produce por consecuencia del quebranto de las normas de hermenéutica contractual. Estos dos supuestos están comprendidos en el inciso primero del ordinal primero del artículo 520 del C. Judicial [hoy inciso primero del ordinal12 del artículo 368 del C. de P. C.]; 22) cuando hay violación indirecta de preceptos sustanciales por error manifiesto de hecho en el campo probatorio; 32) cuando se infringe también indirectamente una disposición sustancial por causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso. Estos dos últimos casos se rigen por el inciso segundo del ordinal primero del citado artículo 520 del C. Judicial [hoy inciso segundo del ordinal J2 del artículo 368 del C. de P. C.J".

Así, esta doctrina ya rectificada pfctendió introducir, a manera de creación jurisprudencial innecesaria, un tertium genus en la preceptiva de la causal primera de casación y que, por lo visto, se hace consistir en elerrorjurídico directo en la apreciación de los contratos, alIado del error de hecho y del error de derecho en la apreciación probatoria, errores solamente alegables por la vía indirecta.

La inocuidad de introducir esa categoría del error jurídico en la interpretación de los contratos fue puesta de manifiesto en el fallo de 1970: "Pero, según ya quedó enunciado, esta variación de la doctrina tradicional de la Corte carece de mayor trascendencia, porque siempre que se impugne en casación la interpretación que el sentenciador le haya dado a un contrato, el censor necesariamente tendrá que referirse a las pruebas del mismo, a las estipulaciones que de ellas resulten, a su contexto, a los medios que establezcan las circunstancias de su celebración, a los usos o costumbres al respecto, al desarrollo práctico que las partes le hayan dado, etc.; invocará, cuando haya

lugar a ello, las normas de hermenéutica contractual que considera violadas, las que, se repite, son meramente instrumentales, y, también ineludiblemente, tendrá que demostrar el consecuencial quebranto de leyes verdaderamente sustanciales. Todo ello para que la censura quede formulada de modo completo, para que resulte viable". En efecto, no se puede imaginar el caso de un recurso en casación en que el censor pueda prescindir de la cuestión probatoria y de la referencia al contenido objetivo del contrato, limitándose a acusar directamente un error jurídico imputable al sentenciador.

En segundo lugar, la doctrina criticada pugna con la disciplina legal del recurso de casación al suponer que dicho recurso es viable por el solo hecho de que el sentenciador haya come-

tido un error jurídico al quebrantar "las normas de hermenéutica contractual". Dicho está que la jurisprudencia de la Corte, apartándose de la concepción clásica francesa, ha dictaminado que las aludidas normas uo son simples consejos a los jueces, sino verdaderos mandatos que estos deben observar- Pero tales normas no son sustancial"" no declaran, crean, modifican o extinguen relaciones entre los particulares, sino que son reglas instrumentales, dictadas a los jueces, cuyo quebranto por sí solo no apareja la casación del fallo acusado. En fin, lo que es más grave, esa doctrina ya rectificada reduce el otro caso que relaciona como de error jurídico al quebranto por el sentenciador "de los preceptos que regulan su naturaleza [del contrato] y sus efectos". Ciertamente, en tal caso se configura un error jurídico, si así se quiere llamar el quebranto por falta de aplicación de las normas sustanciales que gobiernan el contrato controvertido según su naturaleza, o por la aplicación indebida de las normas igualmente sustanciales que corresponden a otro contrato diferente. Pero es que, además de estos vicios judiciales relativos a la integración de los actos y que de ordinario obedecen a una equivocada calificación jurídica de dichos actos, vale decir, a su desnaturalización, también se configura un caso totalmente distinto de señaladísima importancia y, sin embargo, omitido por la pretendida teoría del error jurídico. Tal es el caso de que el sentenciador, sin incurrir en error alguno en la interpretación de la voluntad real de los agentes o en la calificación jurídica del acto, sin desnaturalizarlo, o sea, sin dejar de actuar las normas sustanciales particulares que lo gobiernan, y sin atribuirle indebidamente normas igualmente sustanciales de otro contrato diferente, resuelva dejar de aplicarlo o modificarlo en todo o en parte, suplantando así la facultad que el legislador les otorga a los agentes para regular, dentro del

ámbito de su autonomía, los efectos que dicho acto está llamado a producir.

Quizás este gravísimo defecto de la teoría del error jurídico obedeciera a la vacilante doctrina de la Corte acerca de si el art. 1602 del Código Civil estructura o no una norma sustancial. Pues bien, en el varias veces citado fallo del 2 de junio de 1970 se declara este importantísimo tema en los siguientes términos: "En primer lugar, no es exacto que al referido error jurídico se llegue solamente en los casos en que la indebida interpretación del contrato determina una desacertada calificación del mismo en punto de su esencia (essentialia nogotii) o de su naturaleza (naturalia negotii) (C. C., art. 1501), y un tratamiento jurídico inadecuado, bien sea porque se le aplique un régimen legal impertinente, o bien porque se le sustraiga del que le es propio. Además de estos casos a que la ya citada doctrina de la Corte redujo la operancia en casación del referido error, este también se ofrece cuando el sentenciador desconoce los efectos especiales del contrato (accidentalia negotii), vale decir, cuando le niega eficacia a las estipulaciones en que los contratantes, usando de su legítima autonomía de voluntad, o bien descartan totalmente los efectos que la ley le asigna a dicho contrato en normas supletivas propuestas en consideración a su naturaleza o tipicidad, o bien modifican esas determinaciones legales ~llpletivas; o lo que es más, le introducen al contrato efectos extralegales, o sea, extraños a las previsiones de la ley, como sucede en el presente caso, ya que, según quedó visto, en el mutuo celebrado por las partes estas le atribuyeron a la obligación del mutuado sobre pago de los intereses remuneratorios por instalamentos consecuen-

cias especiales no previstas por la ley: el aumento de la tasa de dichos inrereses aun antes de hacerse exigible el capital, y el derecho potestativo de la acreedora para declarar extinguido el plazo del mutuo...".

"Refiriéndose al artículo 1602 del Código Civil ya había dicho la Corte que este contiene un precepto sustancial (cas., 28 agosto de 1965, aún no publicada). Pero, posteriormente, declaró que "esta disposición consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos legalmente celebrados, pero en sí misma tampoco establece ningún derecho de orden subjetivo y no es por tanto una norma sustancial cuya violación sea por sí sola suficiente para infirmar un fallo" (cas., 10 octubre de 1967). Pues bien, el referido texto es eminentemente sustancial, según la jurisprudencia de la Corte primeramente citada, porque al consagrar el postulado de la autonomía de la voluntad privada, ciertamente les confiere a los particulares el derecho subjetivo de regular sus relaciones, a la vez que consagra el postulado de la normatividad de los contratos, en cuya virtud se les impone a los contratantes la obligación de cumplir sus estipulaciones como si estas emanasen de la propia ley. Y, de otro lado, resulta también evidente que el citado artículo constituye por sí solo una proposición jurídica completa, cual la exige la disciplina del recurso de casación, comoquiera que cuando el sentenciador desconoce la eficacia de las estipulaciones extra legales (accidentalia negotii) (C. C., art. 1501), mal se le puede exigir al recurrente que a la invocación de dicho artículo agregue la cita de otros preceptos que se hayan dejado de emplear o que se hayan aplicado indebidamente, por la razón palmaria de que,

siendo extralegales esas estipulaciones, su desconocimiento por el sentenciador no vulnera el régimen particular de ningún contrato típico, sino que quebranta la ley contractual y el

artículo 1602 que la consagra, a diferencia de aquellos otros casos en que el error jurídico radica en la calificación equivocada de un contrato típico y en su consiguiente tratamiento legal inadecuado. Cabalmente, la tesis foránea del error jurídico en la interpretación de los contratos, directamente acusable en casación, se ha mOI,ltado principalmente para evitar que los jueces de instancia niegen el valor lformativo de las estipulaciones meramente contractuales (accidentalia negotii), las que no sola
mente vinculan a las partes, sino también a ellos mismos".

Los planteamientos de la Corte formulados en el texto trascrito, a manera de rectificación de su antedicha doctrina, cobran evidencia mayor si se aplican, no ya al caso de que el acto sub lite esté tipificado, vale decir, particularmente reglamentado por la ley, sino que se trate de un acto atípico, por ejemplo, de un contrato en que ninguna de las estipulaciones de las partes, aisladamente consideradas o en conjunto, encajen en las tipificaciones lega
les y, además, sean claras, precisas y suficientes. En tal caso, quizás insólito pero no imposible, si el sentenciador de instancia desconoce tales estipulaciones o pretende modificarlas, viola directa y únicamente el postulado de la normatividad de los contratos consignado en el mencionado art. 1602, hipótesis está pasada también por alto en la rectificada doctrina del error jurídico.

PARTE QUINTA

LA INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

507. LA CUESTIÓN DOCTRINARIA. La declaración de la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos es una de las cuestiones más controvertidas en el campo del derecho civil, pues la doctrina al respecto todavía no ha logrado, a través de varios siglos, llegar a un acuerdo ni sobre el contenido y el alcance de tan importante figura, ni sobre los criterios que deban presidir la disciplina de las consecuencias que de ella se derivan.

En efecto, la elaboración de la teoría se inicia en la Edad Media, cuando en presencia de algunos textos los comentaristas del derecho romano dictaminaron que el mencionado sistema solamente habría contemplado una causa única de ineficacia de los actos o negocios jurídicos: la nulidad que obraría de Pleno derecho en los casos de trasgresión de la preceptiva legal y, otras veces, mediante un fallo judicial dictado a consecuencia de la actio de in integrum restitutio otorgada por el derecho pretorio a quien hubiese dado o pagado algo en razón de un acto que injustamente lo perjudicara, v. gr., por haber consentido en él bajo el imperio del error, del dolo o de la violencia, o siendo menor de edad. Caracterízase, por tanto, esta teoría por la exclusión de la inexistencia del acto jurídico como una causal de ineficacia de él y por la distinción que formula entre la nulidad de Pleno derecho y la anulación judicial de ciertos actos. Es de notar también que dicha teoría, en sus lineamientas generales descritos, ha prevalecido en la doctrina europea de los siglos posteriores, aunque sus propugnadores distan mucho de acordarse acerca de los c\iterios y de las consecuencias teóricas y prácticas pertinentes.

De otrp lado, según se dice, ya desde el siglo XVI algunos jurisconsultos comenzaroÓ a :postular la inexistencia del acto

jurídico como una causal de ineficacia de él, distinta de la nulidad, hasta entonces unánimemente aceptada como única.

Según esta otra teoría, en todo acto jurídico habría que distinguir entre sus elementos esenciales (essentialia negotii), sin los cuales este no puede existir como tal acto, y los elementos no esenciales, cuya falta no obsta a su formación, sino que puede repercutir sobre su validez o sobre los efectos que está llamado a producir. Así, no sería dable confundir la inexistencia de un acto jurídico que no se ha podido formar como tal por la carencia de un órgano vital, con la nulidad del acto producida por un vicio que lo condena a perecer una vez formado. También es de notar aquí que esta innovación ha sido acogida por un sector muy importante y autorizado de la doctrina, aun que sin lograr prevalecer sobre la teoría antigua, a lo que se agrega que entre sus partidarios tampoco se ofrece un consenso ni de principios ni de con clusiones prácticas, pues ni siquiera han logrado un acuerdo acerca de cuáles son los elementos esenciales de todo acto jurídico o de alguna especie de este.

Como fácilmente se comprende, estos devaneos, vacilaciones y contradicciones doctrinarios naturalmente han repercutido en las codificaciones del derecho civil emprendidas en Europa y América durante estos dos últimos siglos, comoquiera que los autores de estas, por tales motivos confundidos e indecisos, de ordinario han evitado los pronunciamientos de fondo y han preferido el camino de las soluciones parciales, no pocas veces incongruen
tes. Sírvanos de ejemplo, que no es el único, el caso del Código Civil francés.

Al tiempo de su redacción, la doctrina denotaba la profunda división a que hemos aludido. POTHIER, el oráculo de los jurisconsultos del derecho intermedio, se había inclinado decididamente en pro de la teoría que distinguía entre los

elementos esenciales y los no esenciales de los actos jurídicos y, por ende, en pro de la distinción entre la inexistencia y la nulidad de dichos actos, como causantes de la ineficacia de ellos. Pero, no obstante la gran influencia que POTHIER ejerció sobre los autores de la mencionada obra legislativa, estos resolvieron eludir la cuestión. Igualmente, enfrentados al controvertido problema que suscitaba la clasificación tradicional entre las nulidades de pleno derecho y la anulación de los actos por declaración judicial,
optaron por soslayarlo, limitándose a reglamentar sucinta y superficialmente esta última figura bajo el epígrafe "De la acción de nulidad o de rescisión de las convenciones"l.
Consecuencia de esta actitud elusiva es la honda divergencia que se observa entre los comentaristas del Código francés. Al paso que algunos de ellos rechazan la distinción entre la inexistencia y la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos, por tildarla de prácticamente inútil, otros la defienden con razones teóricas, pero sin encontrarle tampoco asidero legal alguno. Asimismo, entre los partidarios de la distinción entre la nulidad de pleno derecho y la anulación o rescisión de los actos jurídicos, tampoco hay acuerdo acerca de si la primera es en verdad una nulidad de pleno derecho llamada a obrar per se y sin necesidad de declaración judicial o si, por el contrario, dicha declaración siempre es indispensable. Entonces, esta última solución, que es hoy la predominante en la doctrina y la jurisprudencia francesas, ha socavado la distinción tradicional entre la nulidad y la anulación o rescisión de los actOS jurídicos2.

Lo anteriormente dicho respecto del derecho francés puede afirmarse en análoga medida en relación con otros sistemas, como el alemán, el italiano, el suizo, etc.3.

La conclusión que hemos podido deducir, después de un examen desprevenido de legislaciones, doctrinas y jurisprudencias en torno a la importantísima cuestión de la ineficacia de los actos jurídicos, es la de que si se pretende comentar un sistema u ordenamiento jurídico concreto, en nuestro caso el derecho colombiano, hay que atenerse ante todo a las soluciones positivas que dicho sistema ofrece, desde luego averiguando las razones filosóficas e históricas que las hayan determinado y habida cuenta de la época en que fueron dictadas. Pretender, por el contrario, teorizar en la materia o acoger sin sindéresis opiniones y terminologías foráneas, solamente puede conducir a que perdure la oscuridad e incertidumbre de que también se resienten nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia.

Procediendo en la forma dicha, podemos afirmar sin vacilación que el autor de nuestro Código Civil, por razones filosóficas elementales, acogió la tesis doctrinaria que, con base en la distinción entre los elementos esenciales y los no esenciales de los actos jurídicos, distingue igualmente entre la inexistencia y la nulidad de dichos actos. Además, ya en punto de la nulidad aceptóen sus líneas generales y en la mayor parte de sus aplicaciones prácticas la teoría que ha clasificado dicha figura en dos especies: la nulidad absoluta y la nulidad relativa; pero descartando expresamente la vieja idea que tan enconadas polémicas ha suscitado acerca de si el criterio predominante de esta clasificación sería el de que la nulidad absoluta operaría de pleno derecho (juris et de jure), o sea, sin necesidad de declaración judicial alguna, al paso que la nulidad relativa sí requería dicha declaración a instancia de persona en cuyo amparo la hubiera establecido la ley. En efecto, el Código estatuye que la nulidad, cualquiera que .sea su causa, tiene que ser declarada por sentencia judicial firme, proferida unas veces de oficio y otras a instancia de

parte legitimada para invocarla. Esta importante determinación legal excluye la aludida polémica que aún subsiste entre los comentaristas de las legislaciones que se han pronunciado en sentido contrario o que han guardado silencio al respecto. Además, en nuestro sentir, ella condena igualmente la confusión entre la inexistencia y la nulidad absoluta de los actos jurídicos, que ha servido de base para la negación de la primera de dichas figuras por considerarla falsa o inútil. Según lo veremos adelante, la comentada solución legal señala precisamente la diferenciación que nuestro Código establece entre los dos fenómenos, así: la nulidad, cualquiera que sea su clase, siempre requiere la declaración judicial, y mientras esta no sobrevenga el acto vici~do produce sus efectos, como si fuese válido. Por el contrario, el acto manifiestamente inexistente por carecer de alguno de sus elementos esenciales "no produce efecto alguno", "no produce ningún efecto civil", según las propias voces del Código, sin que para ello sea necesaria la sentencia judicial requerida para la efectividad de la nulidad, sino que basta la simple comprobación por el juez. Cuestión también muy importante y que expresamente contempla nuestro Código es la de la conservación y conversión de los actos jurídicos, en cUya virtud la falta de alguno de los elementos esenciales, pero específicos, de determinado acto, no conduce inexorablemente a su total ineficacia, siempre y cuando que, sin contrariar la real intención de los agentes -criterio supremo que preside la interpretación y calificación de todo acto-, se configure otro acto distinto perfecto y válido. La declaración de este tema cobra significación si se tiene en cuenta que una doctrina generalizada, inconsultamente acogida por nuestro Código de Comercio, restringe la conversión al campo de la nulidad, que precisamente no es el propio de tal figura.

En fin, la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos no se reduce a la existencia y a la nulidad de ellos, sino que alIado de estas figuras surge otra que ocupa una posición intermedia entre la ineficacia y la eficacia, cual es la inoponibilidad que, sin afectar la eficacia entre las partes de ciertos actos y sin constituir manifestación del principio de la r~latividad de ellos, autoriza a determinados terceros para desconocer o impugnar dicha eficacia entre las partes, o sea, que estructura una especie de "ineficacia relativa".
Pero, según ya lo hemos visto, la inoponibilidad constituye una excepción a la oponibilidad a los terceros de los efectos que los actos jurídicos están llamados a producir entre las partes, por lo cual, para la recta inteligencia de la primera de las figuras mencionadas, consideramos conveniente examinada conjuntamente con la segunda de dichas figuras. Con otras palabras: estimamos nosotros que, sin comprender lo que es la oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros, que constituye el principio general en el campo de la eficacia de aquellos, resulta difícil comprender en su real dimensión en qué consiste la excepcional inoponibilidad, aun considerándola como una
figura de la ineficacia relativa de tales actos4. .
Por otra parte, nuestro Código de Comercio, que entró en vigencia en 1972, también consagra un breve tratado general sobre la ineficacia de los actos jurídicos, acertado en parte, pero que también adolece de imprecisiones y defectos conceptuales, explicables por la vacilación e incertidumbre de nuestra propia doctrina y por la imitación del Código Civil italiano que, inspirado en un sector de la doctrina francesa y alema~a, establece al respecto un sistema que no se compadece con nuestra legislaciÓn civil.

508. PLAN. Por las razones anteriormente expuestas, en la presente parte de la obra trataremos del tema de la ineficacia de los actos jurídicos, consultando ante todo la organización positiva de nuestro Código Civil, desde luego sin peIjuicio de averiguar su espíritu, las razones filosóficas e históricas en que se inspira, y criticándola, si fuere del caso. Por otra parte, meditando sobre el tema que se examina, hemos creído que no solamente es conveniente, sino necesario, iniciar nuestro estudio con un análisis somero de la teoría del acto putativo, pues hemos observado que con inusitada frecuencia gran parte de las divergencias doctrinarias en la materia obedece a enfrentamientos tOcantes al tratamiento que deba dárseles a los actos jurídicos imperfectos o viciados, según que el defecto de que adolezcan sea o no ostensible.
Dividiremos esta parte así: I. El acto jurídico putativo; lI. La inexistencia de los actos jurídicos; IlI. La nulidad de los actos jurídicos; IV. La conservación y la conversión de los actos jurídicos ineficaces; V. Referencia a la inoponibilidad de ciertos actos jurídicos, y VI. La ineficacia de los actos jurídicos en el Código de Comercio.

CAPíTULO I

EL ACTO JURÍDICO PUTATIVO

509. CONCEPTO. Acto putativo es aquel que la ley reputa o presume perfecto y eficaz, por cuanto aparenta reunir todas las condiciones legales para su existencia y validez, aunque realmente carezca de alguna o algunas de ellas.

Se da esta figura, por vía de ejemplos, en los casos de simulación absoluta, en los cuales las declaraciones ostensibles o públicas que formulan los agentes ocultan el entendido entre ellos de que tales declaraciones no habrán de producir los efectos jurídicos que se les asignan. En tal caso el acto es inexistente como acto jurídico por carecer de un elemento esencial, ya que el consenso real descarta in limine el objeto característico de esta especie de actos2. Otro tanto sucede cuando la carencia del objeto obedece a que este, sin ser manifiestamente contrario a las leyes de la naturaleza, se ha hecho imposible de realizar, como cuando consiste en la tradición o entrega de un cuerpo cierto que ha perecido con anterioridad a la celebración del contrat03. Igualmente la incapacidad legal de los agentes, los vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo) y la lesión enorme, causantes de la nulidad de los actos en que inciden, se suelen ocultar tras una apariencia normal.

510. CONDICIONES DEL ACTO PUTATIVO. De lo anteriormente expuesto resulta que para que se configure el acto jurídico putativo es indispensable que el defec;to de que adolezca y lo condene a su ineficacia se oculte tras una apariendia de normalidad. Por tanto, no gozan de dicha presunción legal los
actos que de modo manifiesto e indubitable revelen la carencia de los requisitos para su existencia o para su validez. Así, no entran en la categoría del aCto putativo el contrato en que el disentimiento entre las partes sea ostensible, como cuando una de ellas dice vender y la otra recibir en donación,
o cuando sus manifestaciones versan sobre objetos diferentes4; ni el contrato sobre cosa indeterminable o que sea contraria a las leyes de la naturaleza, como la venta de un hipo-

centauro5; ni el contrato sobre objeto o con causa manifiestamente ilícitos, etc.

511. Los EFECTOS DEL ACTO PUTATIVO. 1) El orden social y la seguridad del comercio están interesados en el respeto de las situaciones jurídicas aparentemente normales, mientras los defectos de que adolezcan no sean averiguados y declarados por fallo judicial. De ahí que el acto jurídico putativo estéllamado a producir la plenitud de los efectos que la ley les asigna a los actos normales hasta tanto no se declare su inexistencia o su invalidez, con las consecuencias que dicha declaración apareja, tales como la paralización de dicha eficacia para el futuro y su destrucción retroactiva hasta la celebración del acto, en cuanto esto último sea posible';.

2) Las mismas razones que obran para justificar la presunción legal en pro del acto putativo sirven de fundamento a la institución de la prescripción extintiva de las acciones impugnatorias de dicho acto. El orden social y la seguridad del comercio están interesados en que los particulares, "en vez de hacerse justicia por su propia mano", desconociendo los actos aparentemente normales, usen de los recursos legales para su impugnación, y también están interesados en que estos recursos legales sean empleados dentro de un término prudencial, al cabo del cual precluyen o prescriben, o sea que se extinguen. De esta suerte, un acto aparentemente normal, pero que realmente carezca de alguno de los requisitos legales para su existencia, como el absolutamente simulado, se hace inexpugnable una vez prescrita la acción de simulación, no porque el tras curso del tiempo le otorgue existencia a lo que no la tiene, ya que esto sería ilógico, sino simplemente porque el referido recurso legal se ha exgtinguido. Y si el defecto oculto de que el acto putativo adolece es un vicio causante de nulidad, l~ prescripción de la acción pertinente convalida o

sanea dicho acto, al igual~que la ratifIcación por las partes, cuando este medio de saneamiento sea legalmente viable.

3) Mas, a propósito de la incidencia d<;: la prescripción sobre la eficacia del acto putativo, hay que recordar que dicha prescripción en ninguna de sus especies (usucapión, prescripción liberatoria de las obligaciones y prescripción de las acciones judiciales) opera de pleno derecho (de jure), en forma tal que los jueces pudiesen declararIa de oficio una vez cumplidas sus condiciones de fondo señaladas por la ley, sino que' además es indispensable que el beneficiario de ella la haga valer, o sea, que la invoque o alegue, pues su silencio al respecto equivale a una renuncia tácita legalmente autorizada (arts. 2513 y 2514). De otro lado, también hay que recordar que el Código de Procedimiento Civil fija términos perentorios para proponer la excepción de prescripción, así: el que se tiene para la contestación de la demanda en los procesos en que hay lugar a esta contestación (arts. 92 y 306) o dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo en los procesos de ejecución (art. 509). Por tanto, si el interesado en el mantenimiento deun acto putativo es demandado después de consumada la prescripción de la acción impugnatoria respectiva y no contesta la demanda o no propone oportunamente la excepción de prescripción, ya no podrá hacerla posteriormente; su oportunidad para ello está precluida, lo que equivale a la renuncia misma de la prescripción[7]. Significa lo dicho que la ineficacia del acto putativo, cualquiera que sea su causa, puede llegar a ser declarada con posterioridad a la consumación de la prescripción de la acción o acciones impugnatorias pertinentes, por la renuncia expresa o tácita del beneficiario de dicha prescripción.

512. LA INEFICACIA DEL ACTO NO PUTATIVO. Según quedó visto, la presunción legal de eficacia de un acto inexistente o viciado de nulidad está condicionada a que el defecto de que adolezca se oculte tras la apariencia de un acto normal. Por el contrario, si tal defecto es manifiesto u ostensible, la referida presunción legal queda descartada y la ineficacia del acto puede ser declarada o simplemente comprobada de oficio por el juez en cualquier momento. Así, en el caso de disentimiento manifiesto entre las partes en una convención, como cuando una de ellas dice vender y la otra recibir en donación, o cuando una declare vender un tractor y la otra comprar un caballo, es claro que el juez ineludiblemente tiene que declarar que el acto es inexistente por falta de consentimiento y, consecuentemente, debe desestimar las pretensiones que traten de apoyarse en la existencia de tales actos. Otro tanto tendrá que hacer cuando el objeto sea indeterminado hasta el punto de que no se pueda saber sobre ~ué versa el pretendido vínculo jurídico, o cuando dicho objeto sea manifiestamente contrario a las leyes de la naturaleza, como cuando se dice que lo compra-vendido es un ser mítico. Igualmente tendrá que proceder cuando el acto es solemne y se ha omitido la forma prescrita por la ley, como cuando se pretende vender un bien inmueble por documento privado.
En fin, además de los ejemplos propuestos en que la inexistencias del acto es manifiesta, la ineficacia de este también descarta la presunción en contrario, cuando su nulidad absoluta es igualmente manifiesta y, por ello, puede ser declarada de oficio por el juez, como en los casos de objeto o causa ilícitos o de inobservancia de la plenitud de la forma solemne (art. 1741 Y ley 50 de 1936, art. 2°).

Nos hemos apartado de la denominación acto aparente que también se le suele asignar a esta figura, porque ella sugiere

la idea equivocada de que la presunción legal que la determina solamente cobija a las apariencias imaginarias de seres, aquí de actos (idem esse et aparere), que no existen en la realidad, cuando lo cierto es que dicha presunción se predica, por igual, respecto de situaciones de hecho que aparentan la existencia de un acto jurídico dotado de todos loselementos esenciales para que se le tenga como real, sino también de aquellas otras situaciones en que el acto, una vez nacido y reconocido como una expresión de la autonomía de la voluntad privada, oculta un vicio que, descubierto y declarado, lo condena a su posterior exclusión de este campo y a la privación de la eficacia que en él hubiera podido alcanzar. En otras palabras, la presunción legal de que se trata se aplica, por igual, a todo hecho que aparente las condiciones para ser un acto jurídico, como también a todo negocio que aparente reunir los requisitos prescritos para su validez.

CAPÍTULO II

LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

513. CONCEPTO. Al relacionar las condiciones para la existencia y para la validez de los actos jurídicos pusimos énfasis en la distinción que la lógicajurídica y nuestros establecimientos legales imponen entre unas y otras, según que la falta de ellas impida laformación de tal clase de actos o que, permitiéndola,solo constituya un vicio que pueda afectar su viabilidad una vez formado.

Puntualizamos allí que la falta de las condiciones esenciales de todo acto jurídico produce la inexistencia. Así,

si por definición dicha clase de actos consiste en la manifestación de voluntad de una o más personas encaminada directa y reflexivamente a la creación, modificación o extinción de relacíones jurídicas, resulta obvio que, faltando aquella voluntad o el objeto jurídico a que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, pero no un acto jurídico. y la propia conclusión se impone de modo evidente cuando el acto es solemne y se pretermite la forma prescrita por la ley ad substantiam actus, porque, sin
esta, la voluntad se tiene por no manifestada, o sea, que se reputa que falta este elemento esencial para que un acto o hecho pueda ingresar en la categoría del acto jurídicoI.
En el mismo orden de ideas, al examinar los elementos esenciales del acto jurídico, también advertimos que, además de los precitado s (manifestación de voluntad, objeto jurídico y formalidad cuando esta es requeridaad solemnitatem), cada acto en particular debe reunir otros elementos igualmente ésenciales respecto de él, puesto que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acto tampoco existe o degenera en otro acto tlif¿rente2. Por ejemplo, la compraventa es un contrato en que una de las
partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero (art. 1849). Por tanto, son esenciales en el contrato de compraventa: la existencia, a lo menos potencial, de. determinada cosa vendida, de la cual depende la posibilidad de Nótese una vez más que nosotros no mencionamos separadamente la causa como uno
de los elementos esenciales de los actos jurídicos, porque consideramos que al identificar nuestro Código esta noción con la de los móviles determinantes de dichos actos, ella es un
factor constante en el proceso intelectivo-volitivo, de modo que hablar de voluntad no causada es un contrasentido que

equivale a decir que no hay voluntad. Otra cosa es que el derela obligación a cargo del vendedor de hacer tradición de la cosa (arts. 1869 y 1870),y la determinación del precio (art. 1864). Faltando cualquiera de estos elementos esenciales el acto "no produce efecto alguno", "no habrá venta", según expresamente lo declara el Código Civil. Sin embargo, bien puede ocurrir que el defecto de uno de los elementos esenciales para la existencia de determinado acto específico permita asignarle una calificación difer:ente, como cuando en el ejemplo propuesto el presunto vendedor no se obliga a dar, vale decir, a hacer tradición de la cosa, sino a conceder el uso de ella, o cuando la falta del precio permita inferir un acto gratuito. Entonces, si bien la existencia de la compraventa queda descartada como tal, el acto celebrado puede "degenerar" o convertirse en otro acto distinto pero que sí existe, v. gr., en un arrendamiento o en un comodato, según el caso.

De lo expuesto se concluye que la falta de los requisitos esenciales genéricos de todos los actos jurídicos produce inexorablementeJa inexistencia de ellos, al paso que la falta de los requisitos, también esenciales pero específicos de cada acto en particular, si bien impide la existencia de este como tal acto particular, puede no aniquilar totalmente su eficacia, si es viable su conversión en otro acto jurídico diferente.

514. REsEÑA HISTÓRICA. En la introducción a esta parte de la obra dijimos que el origen de la teoría europea sobre la ineficacia de los actos jurídicos se remonta a la Edad Media, cuando los intérpretes del derecho romano creyeron descubrir en este sistema matriz dos causales únicas de dicha ineficacia, a saber: la contravención a la ley, sancionada con una nulidad de Pleno derecho, y la anulación judicial del acto a consecuencia del próspero ejercicio de la acción pretoriade in integrum restitutio. Igualmente dijimos allí que esta clasificación bipartita de la ineficacia, ampliamente difundida en la

doctrina posterior, ha servido de fundamento a sus partidarios para negar la figura
de la inexistencia, por reputada falsa o, a lo menos, inútil. i

También reseñamos en el mismo lugar otra teoría de origen más reberte y que se caracteriza por la distinción que formula entre la inexistencia y la nulidad de los actos jurídicos, atendiendo así al defecto causante de su ineficacia que consiste, respectivamente, en la falta de un elemento esencial para su formación o en un vicio que afecte su viabilidad después de formado.

Algunos señalan al jurisconsulto alemán ZACHARIAE como el precursor de esta última variante doctrinaria, por cuanto él, coincidentemente con la expedición del influyente Código Civil francés (1804) y examinando los requisitos del contrato matrimonial, puso de manifiesto que la falta de algunos de estos, como la diferencia de sexos entre los contrayentes, no permite teDerlo por celebrado, mientras que la falta de otros de tales requisitos solo da lugar a que se le tenga por nulo o anulable.

Pero esta sindicación a ZACHARIAE, que tiene por fin el calificar su tesis de ser una novelería rechazada por las legislaciones modernas, como la francesa, constituye un error histórico, porque dicha tesis es muy anterior a la
época de este notable jurista alemán, pues parece que data del siglo XVI, o
sea, de los albores del derecho occidental moderno.

Lo cierto para nosotros -y ello nos excusa de mayores indagaciones históricas-, es que la distinción entre la inexistencia y 1 a nulidad, generalizada a todos los actos jurídicos, es muy anterior a ZACHARIAE, pues ya POTHIER, en el siglo XVII, la había formulado con este alcance. Suyas son estas palabras: "Hay tres cosas diferentes en todo contrato: las

cosas que son de la esencia del contrato; las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que
son puramente accidentales al contrato". Y refiriéndose a las primeras, dictamina: "Las cosas que son de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir (existir substancialmente). En faltando una de ellas ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato... La falta de una de las cosas que son de la esencia del contrato imPide el que exista clase alguna de contrato; algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato"4.

En el paso trascrito está expuesta con toda precisión la doctrina sobre la inexistencia y sobre la conversión de los actos jurídicos.

Que los redactores del Código francés hubieran rechazado el pensamiento de su oráculo POTHIER, o que al limitarse a reglamentar "la anulación o rescisión de los contratos" hubieran preferido dejarle a la doctrina la definición de la pugna secular en torno a la existencia y a la nulidad absoluta de los actos jurídicos, es cuestión que concierne a sus intérpretes5.
acerca de si esta obra legislativa consagra o no la distinción entre la inexistencia y la nulidad de los actos jurídicosfi.

A diferencia de su modelo, nuestro Código Civil acoge expresamente el pensamiento de POTHIER, sobre la clasificación de los elementos esenciales y no esenciales de los actos jurídicos, como también la consecuencia primordial y obligada que de esta clasificación se deriva, cual es la de que la falta de los primeros, o sea, de los elementos esenciales, descarta in limine la eficacia propia de los actos jurídicos, a menos de que se trate de un elemento específico que permita la conversión en un acto diferente que no requiera el elemento faltante. Estatuye el arto 1501, por vía general o de principio: "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente acci-

dentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".
Aplicaciones concretas del texto legal trascrito se encuentran, entre otros, en los arts. 1500, 1760, 1857, 1864, 1865 Y 2081, que citamos como ejemplos.
Clasificando los contratos, según los requisitos legales que deben llenar para su formación, el arto 1500 preceptúa: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento". Luego, razonando a contrario sensu, no se forma o peifecciona el contrato real cuando falte la tradición (o la simple entrega) de la cosa materia de él; no se forma o perfecciona el contrato solemne, cuando se hayan preterido las formalidades especiales prescritas por la ley ad substantiam actus7, ni se forma o peifecciona el contrato consensual cuando falta el consentimiento. ¿La consecuencia? La enuncia el propio arto 1500, en concordancia con el1501, al definir el contrato solemne: el contrato o seudo-contrato queda privado de toda eficacia, "no produce ningún efecto civil". ¿Cuál es el significado de esta expresión legal? "... se mirarán [los Contratos en que falta la solemnidad] como no ejecutados o celebrados...", dispone el arto 1760, por vía de interpretación auténtica.
En el mismo terreno de la declaración de principios generales, preceptúa el arto 1517: "Toda declaración de voluntad

debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración". La simple lectura de este texto estápregonando a las claras que para que una declaración de voluntad pueda existir como un acto jurídico, figura de que el Código viene tratando, es indispensable que tenga un objeto también jurídico, y esto por una razón obvia: la declaración de voluntad, por sí sola, apenas constituye un elemento de aquellos actos que; para ingresar en el ámbi to de la autonomía de la voluntad, tienen que enderezarse a participar en la función reguladora de la ley.

Ya en el campo de los elementos esenciales específicos de cada acto en
particular, como lo son la obligación de hacer tradición de la cosa vendida y de pagar el precio en la compraventa (art. 1849), los arts. 1864 y 1865, a cuya lectura nos remitimos, excluyen la existencia de dicho contrato, "no habráventa", cuando falte el precio determinado por los contratantes o por un tercero en quienes ellos convengan. El art. 1870, que es una aplicación del 1518, le resta toda eficacia, "no produce efecto alguno", a la venta que al tiempo de celebrarse versa sobre una cosa que se supone que existe, pero que no existe. Y el arto 1857 dice que "no se reputan perfectas ante la ley" las ventas de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria mientras no se haya otorgado escritura pública.

En el mismo terreno de las aplicaciones concretas de la preceptiva general del Código en punto de los elementos esenciales, pero específicos de los actos
jurídicos, el art. 2081, declara inexistente como sociedad, "no hay sociedad" (tampoco hay sociedad), cuando la declaración de los agentes excluye la aportación por ellos o por alguno de ellos de un capital, o de otros efectos, o de la industria, o

cuando dicha declaración excluye la participación de beneficios.
Pero, es más: alIado de los textos legales que hasta aquí hemos citado y que se refieren a los requisitos esenciales, o sea, a los necesarios para la existencia misma de los actos jurídicos, y cuya falta está expresamente sancionada con la privación in limine de toda eficacia, el Código trae otros textos que ya versan sobre requisitos no esenciales, pero que la ley exige para la validez, "para el valor" de dichos actos, con la consecuencia de que la falta de tales requisitos está sancionada con la nulidad de estos actos. Además, importa tener muy presente, que esta nulidad, a diferencia de la inexistencia, no priva in limine al acto vicioso de toda eficacia, sino que le permite una eficacia provisoria hasta que sobrevenga una sentencia judicial firme que le ponga fin y la destruya retroactivamente (ex tunc), en cuanto ello sea posible.

Inicia el Código su tratado "De la nulidad y la rescisión" con el art. 1740, a cuyo tenor: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa". Nótese el calificativo de requisitos "para el valor" que este texto emplea y que de suyo excluye los elementos esenciales para la existencia, contemplados en el art. 1501 y sus concordantes ya citados.
Confirma esta exclusión deliberada el art. 1741, que desarrolla el anterior en los siguientes términos: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de

las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

No sanciona, pues, este texto con la nulidad absoluta la falta misma de la voluntad o consentimiento, ni la falta misma del objeto, que, sin embargo, son elementos sine qua non de todo acto jurídico, conforme al art. 15028. Y sería necio pensar, con base en una interpretación literal del art. 1741, que defectos de tanta magnitud quedaran comprendidos en el inciso final de este texto, vale decir, que solo estuviesen sancionados con la nulidad relativa. La razón es clara: los comentados arts. 1740 y 1741 se refieren a los requisitos para el valor de los actos jurídicos y a los vicios de que estos puedan adolecer y que están sancionados con la nulidad, y la voluntad o consentimiento y el
objeto son requisitos esenciales, cuya falta no constituye un vicio, sino una
causal de inexistencia, contemplada, se repite, por los arts. 1501 y concordantes.

En fin, artículos como el 1742 (subrogado por la ley 50 de 1936, art. 22), 1743, 1745, 1746, 1747,1748, 1749 Y 1751, entre otros, confirman el aserto de que, a diferencia de la ineficacia por inexistencia de los actos jurídicos, la nulidad de ellos requiere siempre un pronunciamiento judicial que es el que determina su ineficacia por tal causa.

En suma: frente a los numerosos textos legales que hemos citado, nos resulta incomprensible que algunos comentaristas chilenos y colombianos, y algunas jurisprudencias, desconcertados por las oscuras y contradictorias doctrinas foráneas, se empecinen en negar que nuestro Código Civil sí contempla expresamente la ineficacia de los actos jurídicos por falta de

los elementos que les son esenciales, o sea, indispensables para que tales actoS se tengan como existentes y operantes dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad privada.

516. LA JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA. Demostrado hasta la saciedad -según creemos haberlo hecho- que nuestro Código Civil sí contempla expresamente la ineficacia de los actos jurídicos por la inexistencia de estos, apartándose así de otras legislaciones que le sirvieron de modelos, y respecto de las cuales se suele decir que ellas subsumen la mencionada figura en la de la nulidad de tales actos, todavía cabe preguntarse si aquella determinación se justifica o si, por el contrario, constituye un error cometido por el señor BELLO.

Ya en este terreno de crítica legal (de iure condendo), la primera de las dudas que abrigamos estribó en la posible contraposición de nueStro ordenamiento positivo con las instituciones romanas, que nos admiran por su profundo sentido lógico y práctico, pues, según ya hemos visto, los comentaristas de estas, a partir de la Edad Media, han sostenido que en ellas se ignoró la ineficacia de los actos jurídicos por la inexistencia de estos, en forma tal que dicha ineficacia solamente podría provenir de una nulidad de pleno derecho o de una anulación judicial pronunciada a consecuencia de la acción pretoria de in integrum restitutio.

Pero después de consultas y meditaciones sobre esta cuestión que toca también a otros aspectos fundamentales de la teoría general de los actos jurídicos, pudimos llegar a una conclusión satisfactoria para nosotros: la aludida interpretación de los romanistas y sus seguidores es inexacta y acomodaticia. En efecto, el principio simbolista que presidió invariablemente la formación de los actos jurídicos en el sistema dellus Civile, según el cual era la observancia de las

formalidades rituales la que les daba vida y eficacia a las manifestaciones de la voluntad privada (forma dat esse rei), con su solo enunciado estaba indicando que el pensamiento que lo inspiró no fue el de que un acto en que se pretirieran las formalidades legales de rigor pudiera existir jurídicamente, aunque viciado de nulidad, sino el de que tal acto no existía, no cobraba ser (esse) en el derecho y, por ello, era totalmente ineficaz. De manera que la expresión apropiada para traducir el pensamiento romano pertinen te a tales casos no es la de nullus actus (acto existente pero viciado), sino la de nihil actus (acto inexistente, ningún acto).
Igualmente inexacta y acomodaticia fue la interpretación que se le dio a la acción pretoria de in integrum restitutio como una acción de anulación de ciertos actos. En efecto, si en la celebración de cualquier acto se habían obser
vado las formalidades legales pertinentes y no se configuraba una violación de las leyes prohibitivas, ningún juez o magistrado podía anularlo, ni antes ni después de cumplido. El alcance de la ingeniosa acción pretoria de que venimos hablando no obraba sobre el acto que, se repite, era válido ante el derecho, sino sobre el pago que ya se hubiera efectuado en razón del acto,
siempre y cuando que el solvens demostrase haber experimentado por él un perjuicio injusto. De suerte que la acción pretoria tenía un sentido de acc~ón indemnizatoria, pero no el de una acción de anulación de un acto reconocIdo como válido por la ley.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos inexistentes como tales ante la ley, prohijada expresamente por nuestro Código Civil, se remonta al mismo derecho rOfilano antiguo, en el cual la

forma solemne era el ser (esse) o esencia (essentia) de la actividad privada jurídicamente operante.

En segundo lugar, la filosofía, cuyos dictados conocía sobradamente el señor BELLO y que no pueden ser ignorados por la lógica jurídica, indiscutiblemente abona las soluciones de nuestro Código Civil, en cuanto este contempla expresamente y trata de manera diferente las dos figuras causantes de la ineficacia de los actos jurídicos, la inexistencia de estos por defecto de sus elementos esenciales, y sunulidadо invalidez por la falta de ciertos requisitos exigidos para su valor y, sin los cuale:;, el acto existe, pero es vicioso y, por ello, puede ser judicialmente destruido.

Enseña la filosofía que la esencia es aquel conjunto de calidades o elementos que hacen que una cosa sea y sea lo que es. Así, según el ejemplo manido, la racionalidad es de la esencia del hombre y es la cualidad que lo diferencia de sus congéneres del reino animal. Sin la racionalidad (rationalis natura), un ser cualquier no alcanza a ingresar en la categoría ontológica humana.

De la propia manera, sin la voluntad o consentimiento, o sin la declaración de este por el cauce autoriiado o prescrito por la ley para que pueda ser tenida en cuenta, o sin un objeto jurídico a que se enderece en ejercicio de la función reguladora de las relaciones sociales, no hay ningún acto jurídico; la esencia de este no se realiza; el derecho le niega el ingreso a esta categoría ontológicojurídica. E, igualmente, pueden darse todos los elementos esenciales y genéricos de los actos jurídicos, pero faltar otro u otros que también son esenciales en determinado tipo, especie o género próximo en que estos se clasifican. Entonces, el acto, sin dejar de ser jurídico, encuentra cerradas las puertas de ingreso a dicho tipo, como un hCj>mbre, sin dejar de ser hombre, no es colombiano, si le faltan las condicio~es propias de esta nacionalidad. I

Cuestión diferente se plantea en la lógica cuando un acto se ha formado con todos sus elementos esenciales; pero, por razones que ya no se refieren a este aspecto ontológico, sino a la protección que la ley quiera prestarles a los agentes, o a los terceros, o al interés general, lo condena a su ulterior destrucción y al aniquilamiento de la eficacia que provisoriamente haya
alcanzado.

En suma: confundir la inexistencia de los actos jurídicos con su nulidad, o considerar que la primera es una noción inoperante e inútil, es un grave error filosófico y jurídico, en buena hora rectificado expresamente por nuestro Código Civil, en contra de lo que en alguna oportunidad dictaminó la Corte Suprema de Justicia, inspirada en opiniones foráneas9.

517. LA INEFICACIA POR INEXISTENCIA DE UN ACTO jURÍDICO. Tratemos de resumir aquí la disciplina jurídica del acto inexistente, tal como .esta resulta de nuestro ordenamiento positivo:

1) La falta de los elementos esenciales en todo acto jurídico, voluntad o consentimiento legítimamente declarado, u objetivo regulador de las relaciones sociales, no permite que el hecho, si es que existe, se repute como un acto de tal categoría jurídico-ontológica, ni que se le pueda atribuir la eficacia que a dicha categoría le asigna la ley dentro del marco de la autonomía de la voluntad privada. El hecho, si existe, "no produce efecto alguno" en este campo, según lo declaran expresamente el art. 1501 y sus aplicaciones concretas ya relacionadas antes.

2) La mencionada ineficacia es liminar o de pleno derecho, si así se puede decir, en el sentido de que cuando su causal se presenta de modo ostensible, se produce de modo automático

(iPso Jure) y sin necesidad de un fallo judicial que la declare. Así, si un documento revela un manifiesto disentimiento entre los agentes, como cuando uno dice vender y el otro dice recibir en
donación, o cuando uno dice vender un tractor y el otro dice comprar un caballo, este disentimiento patente, una vez comprobado por el juez, a lo que se limita su labor, impide que este pueda acceder a pretensiones fundadas en dicho documento, porque para ello tendría que admitir que si hay venta en vez de donación, o viceversa, o que lo compravendido es el tractor y no el caballo, o viceversa. y lo propio ocurre cuando el objeto no está debidamente determinado, como si las partes dicen negociar un animal cuadrúpedo, y después alguna de ellas pretende cobrar un caballo, y la otra pretende pagar con
un gato.
3) Igual régimen al descrito de la ineficacia total ein limine se da cuando el acto sí reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico; mas de modo manifiesto denota la falta de otro elemento que también le es esencial, pero específico. Así, la venta de un bien inmueble por documento privado, o la de un ser mítico, o la en que falta el precio, "no producen efecto alguno", sin
necesidad de un fallo que así lo declare, pues basta que el juez verifique lo que es manifiesto para que descalifique las pretensiones que se funden en el acto que la ley tiene por inexistente. Sin embargo, según quedó dicho -y así lo consagra el art. 1501-, el acto que reúna los elementos esenciales de todo acto jurídico, pero que carezca de los elementos esenciales tipificantes,
puede producir la plena eficacia propia de un acto de especie diferente, si esta conversión es posible y consulta la real intención de los agentes.

4) El régimen de la ineficacia por la falta de los elementos esenciales de todo acto jurídico varía sustancialmente cuando dicho acto aparenta reunir tales elementos, o sea, cuando estructura un acto putátivamente existente, (idem esse et aparere) porque entonces la ley, por razones de interés gene- ral,
le atribuye una eficacia provisoria, al igual de la que tienen los actos nulos.
En caso de controversia entre ros interesados en el mantenimiento del acto putativo y los que pretendan su ineficacia, corresponde al juez dirimir dicha controversia y declarar si el acto existe realmente o no, pues frente a una situación aparentemente normal, no les es dado a dichos interesados el hacerse justicia por su propia mano. Tal es el caso, por ejemplo, del contrato absolutamente simulado, en el cual las partes descartan realmente los efectos que aparentan perseguir. En tal caso, ninguna de dichas partes ni un tercero interesado en la ineficacia del contrato puede desconocerlo per se, sino que tiene que ocurrir al juez para que este declare la simulación y las consecuen
. cias que de tal declaración hayan de seguirse.
5) Cuando la ineficacia no obra por ministerio de la ley, sino que requiere un pronunciamiento judicial, como cuando el acto existe putativa. mente, la acción o la excepción impugnatorias del acto corresponden a cual. quier interesado en destruir la presunción legal de existencia.
6) En el caso de que los agentes de Jacto realicen hechos equivalentes a la atribución de efectos a un acto inexistente, como cuando han cumplido las prestaciones materia de un contrato de compraventa de un bien inmueble otorgado por documento privado, por regla general pueden ejercer direc
tamente las acciones legales enderezadas a destruir las situaciones creadas de hecho, sin necesidad de subordinar tales

acciones a la de inexistencia del acto, pues esta es una cuestión de hecho que, desde luego, se puede y hasta
es necesario aducir en la causa petendi de la demanda, mas no así en elPetitum de esta. Tal es el caso, en nuestro ejemplo, en el cual la ostensible inobservancia de la forma solemne prescrita para la compraventa de inmuebles, la escritura pública, está sancionada con la ineficacia liminar que la ley le asigna: "no se reputa perfecta ante la ley", "no produce efecto civil alguno". Por consiguiente, resulta superfluo pedirle al juez que declare 10 que la ley ya ha declarado, sino que basta que el actor ejerza la acción de pago de lo no debido o la reivindicatoria, según el caso.

7) La inexistencia de los actos jurídicos no es saneable por la ratificación de los agentes, procedimiento que sí es viable para convalidar los actos nulos que no adolezcan de ilicitud en el objeto o en la causa. Por amplio que sea el radio de acción que se le reconozca a la autonomía de la voluntad privada, esta no puede hacer que sea retroactivamente lo que no ha sido 10. Pero esta cuestión es intrascendente cuando los agentes, antes de la celebración del nuevo acto se han abstenido de realizar hechos que pudiesen interpretarse como el cumplimiento de lo que la ley tuvo como un acto jurídico inexistente. Dicha cuestión se suscita cuando los agentes han obrado de Jacto como si estUviesen realmente obligados, porque entonces estas actuaciones configuran un pago sin causa o pago de lo no debido que le da alsolvens el derecho de repetir 10 así dado o pagado. Pero este pago ya no es un acto jurídico inexistente, como sí lo fue aquel otro en que pretendió fundarse, sino que es un acto real, pero nulo, por faltarle una condición para su valorlJ. Entonces, ya no se ve inconveniente alguno, sino que, por el contrario, se conforma al régimen legal de la nulidad el que los agentes puedan convalidarlo o sanearlo, mediante una ratificación que opere

retroactivamente (ex tunc), no hasta la fecha del acto inexistente, sino hasta la del pago realizado (arts. 1752 y ss.). Por ejemplo, la venta de un bien inmueble por documento privado no existe ante la ley mientras no se otorgue la escritura prescrita (art. 1857,2). Cuando esto
último Ocurra, el contrato de compraventa inicia su vida en el campo de los actos jurídicos y cobra su eficacia propia para el futuro (ex nunc). Pero si en el interregno entre el acto legalmente desconocido y el acto nuevo y aceptado, el vendedor ha hecho entrega de la cosa y el comprador ha pagado el precio, no hay razón lógica ni jurídica que se oponga a que estos actos reales,
pero que en el momento de su ejecución carecían de una de las condiciones para el valor del pago, puedan ser saneados ex tunc, como cualquier otro acto nulo que no sea ilícito. (Ley 50 de 1936, art. 22).

8) También es frecuente entre los teorizantes de la inexistencia de los actos jurídicos la tesis categórica de que este defecto es insubsanable por la prescripción, porque el trascurso del tiempo es inepto para darle vida preterita a lo que no ha sidol2. Tal aserto es bien fundado en principio: la prescripción no puede pretender la virtualidad de dotar a un hecho de las condiciones esenciales de que ha carecido y que determinaron su rechazo in limine. Mas ya resulta exagerado o inexacto el atribuírle a esta ineficacia de la prescripción un alcance absoluto. En efecto, si se configura un acto aparente, pero que realmente carece de sus condiciones o elementos esenciales, según ya lo hemos dicho, queda cobijado por la presunción legal de existencia que lo dota de una eficacia provisoria, como la que tienen los actos nulos, antes de la declaración judicial del vicio que los afecta. En tales circunstancias no se debe confundir la ineficacia de la prescripción respecto al acto mismo, porque esta es inepta para dotarlo del

órgano vital o esencial de que carece, con la incidencia que tiene la preclusión o extinción de las acciones impugnatorias de la apariencia de acto. Así, por ejemplo, en el caso de la simulación absoluta, la prescripción de la acción de simulación no dota a la apariencia de ese objetivo jurídico del que siempre ha carecido, sino que simplemente hace inexpugnable dicha apariencia, y esto siempre y cuando que los interesados en el mantenimiento de ella, al ser demandados, invoquen oportunamente la prescripción de la acción 13. Igualmente es "un error jurídico confundir la ineficacia de la prescripción para darle existencia a un acto que no ha sido, con la eficacia de ella respecto de otras situaciones creadas por hechos o actos diferentes. Así, en nuestro ya trajinado ejemplo de la venta de un bien inmueble por documento privado, seguida de la entrega de la cosa presuntamente vendida y del pago del supuesto precio, constituye un error manifiesto afirmar que si la prescripción no puede sustituir la escritura pública omitida, estos otros hechos irregularmente cumplidos quedan perpetuamente expuestos a ser impugnados. No: la entrega de Jacto de la cosa confiere la posesión al accipiens, y aunque esta sea una posesión irregular por falta de título, lo habilita para adquirir el dominio por la usucapión, y la prescripción de la acción de pago de lo no debido también convalida el pago sin causa del precio irregularmente estipulado.

CAPÍTULO III

LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1. Generalidades

518. CONCEPTO. Cuando un acto reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, y, además, los que siendo de la misma índole esencial determinan su ubicación en cierta especie de las en que dichos actos se clasifican, la ley lo reconoce como una de esas manifestaciones de la voluntad privada jurídicamente eficaces. Pero la concesión de esta visa no es incondicional ni irrevocable, sino que su conservación está sujeta a que e! acto cumpla además otros requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación de! orden público y a la protección de los terceros y aun de los mismos agentes. Tales son los requisitos para el valor de los actos jurídicos a que se refiere e! art. 1740 de! Código Civil, y cuya falta sanciona e! propio texto con la nulidad de tales actos, sanción que los condena a ser privados de la eficacia normativa que la ley, en principio, atribuye a las manifestaciones de la voluntad privada. O dicho de otro modo: la nulidad es la descalificación que e! propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior. "Todo contrato legalmente celebrado -reza e! art. 1602- es una ley para las partes..." (subrayamas). Y si el acto o contrato, en el momento mismo de su celebración, pugna con la preceptiva legal prescrita imperativamente, tal acto es nulo y está sujeto a la privación de su eficacia, según lo declara el mencionado art. 1740 en los siguientes términos: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o re!ativa" (subrayamos).

519. LA EVOLUCIÓN DOCTRINARIA. Según lo habíamos enunciado, la teoría de la nulidad o, mejor aún, de las nulidades, se remonta a la Edad Media, cuando los jurisconsultos de la época se dieron a la tarea de estudiar el derecho romano para extraer de sus textos las enseñanzas de este grandiososistema que, no obstante e! derrumbe del Imperio, continuó rigiendo en e! occidente europeo en forma consuetudinaria o tolerada (lex latinorum) y ejerció gran influjo sobre el derecho de los invasores (lex barbarorum).
Así, con base en una interpretación acomodaticia de dichos textos, los romanistas medioevales forjaron esa teoría, que comenzó por reducir la sanción jurídica de las actuaciones privadas con pretensiones normativas, a la nulidad de pleno derecho para los actos contrarios a la preceptiva legal y a laanulación judicial, a consecuencia del ejercicio próspero de la acción pretoria de in integrum restitutio].
Desde entonces hasta hoy, la doctrina ha venido elaborando en forma lenta y vacilante la teoría de las nulidades, mediante críticas y contrarréplicas a los lineamientos iniciales y mediante la agregación de nuevos ingredientes y el empleo de diversas terminologías que han contribuido a oscurecer el tema.
Agrégase a lo dicho que esta pugna doctrinaria naturalmente se ha reflejado en las codificaciones de los últimos siglos, pues sus autores no Se han podido sustraer a ella, hasta el punto de que la mayoría de estos han decidido adoptar una actitud elusiva.

Ahora bien, esta actitud, en vez de suscitar la des~able unificación de las ideas, ha dado pie para que doctrina y jurisprudencia continúen a la deriva. Sírvanos de ejemplo, una vez más, el caso francés. Los redactores del Código de Napoleón se limitaron a reglamentar en forma casuística la anulación O

rescisión de ciertos actos, atendiendo a las orientaciones doctrinarias que, en su época, consideraron ser las prevalentes al respecto; pero guardaron mutismo absoluto respecto de la efectividad de la sanción que, en otros casos, sería aplicable a los actos viciosos. Consecuencia: los comentaristas de esa influyente obra legislativa continúan debatiéndose en la incertidumbre acerca de si la nulidad es una sanción legal única o si en ella hay que distinguir los casos en que opera de pleno derecho y aquellos otros en que requiere un pronunciamiento judicial; acerca de si realmente existe la tal nulidad de pleno derecho, que aun pudiese autorizar a los agentes a desligarse de sus obligaciones contraídas; o acerca de si, por el contrario, la mencionada sanción debe ser siempre aplicada por los órganos jurisdiccionales del Estado. Cuáles son los fundamentos racionales de la sanción; cuándo eljuez está autorizado o no para aplicada de oficio; quién está legitimado para invocada, et sic de cetero, continúan constituyendo interrogantes que dividen el pensamiento de los doctrinantes franceses. Y esta misma es la situación que confrontan los comentaristas de otras legislaciones modernas, como la alemana, la suiza y la italiana, para no citar más ejemplos.

De ahí que, según ya lo anunciamos al introducir esta parte de nuestra obra, hayamos llegado a la conclusión de que si nuestro propósito es el de declarar el derecho colombiano, debemos atenernos a confrontar sus datOS positivos, sean estos justificables o no, en vez de extraviarnos en esa maraña inextricable que denota el pensamiento foráneo:

520. LA CONCEPCIÓN GENERAL. Al tiempo de la expedición de nuestro Código, la polémica doctrinaria que hemos mencionado se encontraba en ese estado nebuloso del que no ha logrado salir. Optó entonces el señor BELLO por apartarse

de la política de su modelo francés, O sea, por afrontar de lleno la disciplina de la ineficacia de los actos jurídicos existentes, pero viciosos.

Así, comenzó por sentar en el que es hoy nuestro art. 1740, varias veces citado, el principio general de que es nulo todo acto al que le falten los requisitos legales para su valor, bien sea que la exigencia de ellos esté determinada por la naturaleza de dicho acto, o bien que mire a la condición o estado de los agentes.

Allí mismo aceptó la distinción ya generalizada entonces entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa; y procedió a fijar, de una vez por todas, las causales y el ámbito de estas dos especies en que dividió el concepto de la nulidad (art. 1741).

Seguidamente, pasó a resolver una de las cuestiones más escabrosas de la teoría, cual es la de si las nulidades calificadas como absolutas operan de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, o si, por el contrario, la aplicación de la sanción de la nulidad, cualquiera que sea su causa, es una función jurisdiccional del Estado. Y, al optar por lo último, también decidió el problema tbcante a la facultad de los jueces para actuar de oficio y con la legitir;nación o personería de los interesados para impetrar tal actuación.

En este mismo camino de disciplinar en forma positiva la ineficacia de los actos jurídicos viciosos, el Código se ocupó en la determinación de las consecuencias que han de seguirse de la declaración judicial de nulidad de un acto jurídico. En fin, el Código también se pronuncia por el saneamiento de los actos nulos, mediante la ratificación de las partes y por la prescripción de las acciones impugnatorias.

En resumen, nuestro Código tuvo el acierto de pronunciarse en forma positiva y adoptando soluciones, buenas o criticables, acerca de los temas más sobresalientes de la teoría de

las nulidades de los actos jurídicos viciosos, lo que deja sin piso los devaneos de sus comentaristas acerca de cuales son las doctrinas foráneas aplicables al respecto. El principio angular de la hermenéutica es el de que jueces y doctrinantes, antes que a enjuiciar a la ley, están llamados a propiciar su recta inteligencia y cumplida aplicación.

de la mencionada sanción, así: si el requisito faltante mira a la naturaleza del acto, la nulidad sería absoluta, y si tal requisito atiende a las calidades o estado de los agentes, la nulidad sería relativa.

Pero esta interpretación es inexacta y está desvirtuada por el artículo siguiente, el 1741. En efecto, este otro texto, que ya entra a precisar cuáles son las causales de la nulidad absoluta y cuáles las de la nulidad relativa, incluye entre las primeras la incapacidad absoluta, que es un vicio que no mira a la naturaleza del acto, sino al estado de los agentes. Y, a la inversa, relega al ámbito de la nulidad relativa la lesión enorme que es un vicio objetivo de
ciertos actos que, por causa de ella, pueden ser rescindidos4.

Según la opinión predominante en la época de la expedición del Código, la nulidad absoluta, identificada con la nulidad de pleno derecho, se enderezaría a proteger el interés general de la sociedad, al paso que la nulidad relativa, que correspondería a la anulación o rescisión judicial, solo ampararía el interés privado de los agentes. Se ha dicho también que este fue el criterio adoptado por el señor BELLO para la clasificación de que se trata5.

Sin embargo, esta opinión resulta igualmente contradicha por el arto 1741, que incluye la causal de la incapacidad absoluta de los agentes entre las que acarrean la nulidad absoluta, que así vendría a proteger los intereses privados de quienes están

afectados de dicha incapacidad y no el interés general de la sociedad.

En fin, además de los criterios antes descritos y que han sido postulados en épocas relativamente recientes, se ofrece otro que ya encuentra sus orígenes en la propia teoría primitiva de las nulidades y que parece haber sido el que mayor influencia tuvo en el pensamiento del autor de nuestro Código Civil. En efecto, recuérdese que, según esta teoría, habría que distinguir entre la nulidad, determinada por la ley y que, por ello, obraría de pleno de recho, o sea, sin necesidad de un pronunciamiento adicional por los jueces, nulidad esta posteriormente denominada nulidad absoluta, por una parte, y, por otra, la supuesta hnulación, también posteriormente identificada con la rescisión y con la nulidad relativa, la que se produciría a consecuencia del decreto judicial de in integrum restitutio. Por consiguiente, dentro de esta concepción, el problema de la distincion entre la nulidad absoluta y la relativa pasó a convertirse en una cuestión de derecho procesal sustancial, cual era la de determinar quién estaría legitimado ad causam para ejercer esa acción de restitución o, si se quiere, de anulación. La respuesta era palmaria: como la acción pretoria se enderezaba a proteger a quienes hubiesen cumplido un acto legalmente válido, pero que injustamente les irrogase perjuicio resultaba claro que ellos y únicamente ello~ ,estaban legiti~ados para i,ncoar dicha acción. Se insiste en que esta cuestlOn no se suscItaba nI podIa suscitarse respecto de la nulidad de pleno derecho, porque esta operaba ex lege y, por tanto, no requería un pronunciamiento judicial ni el ejercicio de una acción que la promoviera.

Pues bien, como nuestro Código rechazó el concepto de la nulidad de pleno derecho y preceptuó que toda nulidad, cualquiera que sea su causa, tiene que ser judicialmente declarada, el problema de la legitimación ad causam, que antes se reducía a la nulidad relativa, vino a plantearse también respecto de la nulidad absoluta, pues, entonces, había que resolver si esta podía ser declarada de oficio por eljuez, o si también podía ser objeto de una acción y quién estaría legitimado para ejercerla.

En tales circunstancias, el Código optó por calificar como causales de nulidad absoluta los vicios de los actos jurídicos que estimó de mayor gravedad, tales el objeto y la causa ilícitos, la inobservancia de la plenitud de la forma solemne y la incapacidad absoluta, permitiendo y ordenando su declaración de oficio por el juez y legitimando para impetrar dicha declaración al ministerio público y a cualquier interesado. Por el contrario, respecto de otros vicios, como la incapacidad relativa, la incapacidad particular (establecida sin consideraciones de orden público), los vicios del consentimiento y la lesión enorme en ciertos actos, conservó la sanción tradicional de la nulidad relativa, declarable solamente a instancia de las personas que con ella se trata de proteger.

Conviene advertir en este punto que, como la doctrina moderna también tiende a inclinarse por el rechazo del concepto de la nulidad de pleno derecho y por la declaración judicial de ella, cualquiera que sea su causa, el criterio de la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa, últimamente expuesto, o sea, el que atiende a la cuestión procesal sustancial de la legitimación para declararla y para invocarla, viene cobrando cada día mayor número de propugnadoresli. De esta suerte, el antiguo y generalizado criterio que fundaba dicha distinción en el interés general o privado que, respectivamente, se trataba de proteger, ha perdido terreno, principalmente

frente al argumento de que es arbitrario pretender una separación insalvable entre el interés general y el privado, porque la tutela de este último también es inherente al primero. En efecto, mal puede afirmarse que el interés general no esté comprometido en la defensa de los incapaces y en el aseguramiento de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada se realice con el necesario grado de libertad y de consciencia en los agentes?

En suma, la distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa debe buscarse preferentemente en las determinaciones positivas de la ley, y no en criterios doctrinarios preconcebidos que pueden oscurecer la recta aplicación de esas determinaciones legales.

A) La nulidad absoluta

522. LAs CAUSALES. Conforme al art. 1741, estas se reducen a las siguientes: a) el objeto ilícito; b) la causa ilícita; c) la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y d) la incapacidad absoluta. Aunque a dichas causales ya nos hemos referido con amplitud, especialmente en la tercera parte de nuestro estudio, es conveniente recapitularaquí algunas de las ideas allí expuestas.

523. a) EL OBJETO ILÍCITO. Entre las condiciones que debe reunir el objeto de todo acto jurídico, además de su posibilidad y determinación, está la de ser lícito, esto es, conforme a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

Por consiguiente, el objeto ilícito, sancionado con la nulidad absoluta, se configura cuando el acto, en sus prestaciones

aisladamente consideradas o en su conjunto, contraría cualquiera de los extremos mencionados: la ley,
el orden público, o las buenas costumbres8.

Según el criterio romano, ya claramente precisado en el derecho imperial, la nulidad de los actos jurídicos era la sancion consiguiente al quebranto de la ley, especialmente de las normas prohibitivas (nullum pactum, nullam conventione, nullum contractum in ter eos qui contrahunt lege contrahere prohiben te .
Tal fue también el criterio que primó en el pensamiento racionalista, hoy superado, según el cual la noción dominante en el derecho, el orden público, al constituir una limitación a la autonomía qe la voluntad privada, necesariamente tendría que expresarse por medio de leyes prohibitivas. Corolarios de este concepto del orden público legal e inmhtable son los trajinados
aforismos, según los cuales "está permitido lo que no está prohibido" y "no hay nulidad sin ley", que pretendieron inspirar la redacción del Código de Napoleón, pero que también han sido superados, hasta el punto de que la doctrina y la jurisprudencia franc"esas rechazan hoy de plano el segundo de tales aforismos y reconocen la facultad de los jueces para declarar nulidades no expresamente establecidas por la ley.

En nuestro Código esta cuestión está claramente definida. El arto 1741, por vía general, sanciona con la nulidad absoluta el objeto ilícito, vicio este que se presenta, no solamente cuando el acto quebranta prohibiciones expresas y concretas de la ley, no sancionadas de otro modo, sino también cuando dicho acto, por sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, atenta contr.a el orden público o las buenas costumbres.

Corresponde, por tanto, al juez determinar en cada caso discrecionalmente si en el acto sub judíce se configura o no un objeto ilícito, sin que para ello tenga que fundarse en una expresa prohibición legal, porque, se repite, nuestro ordenamiento positivo, conformándose a la doctrina moderna, rechazóel concepto racionalista del orden público legal e inmutable!2.

Pero ya en este punto de la eficacia de la nulidad absoluta por la ilicitud del objeto, derivada de la contravención a las leyes prohibitivas, hay que advertir una vez más que el criterio general de nuestro Código al respecto es el consignado en el art. 16, que hace depender la prohibición de derogar por convenios particulares las leyes, no de cualquier clase, sino de aquellas "en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres", por lo cual dichas leyes adquieren el carácter de imperativas. Así, cuando la prohibición legal está determinada por otros motivos extraños a estos conceptos, no se estructura la noción del objeto ilícito ni, por ende, opera la nulidad absolutal3.

Igualmente hay que recordar aquí que el art. 62, al sentar el principio según el cual "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley", agrega "si en ella misma no se dispone otra cosa", lo que ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones contenidas en los arts. 805, respecto de la constitución de dos o mas fideicomisos sucesivos, y 828, respecto de dos o más usufructos sucesivos o alternativos, casos en los cuales la sanción se limita a la extinción o caducidad del derecho de los fideicomisarios o usufructuarios de segundo grado, sin perjuicio de la validez del acto en lo referente a quienes lo son en primer grado.

524. b) LA CAUSA ILÍCITA. Identificada por el art. 15241a no~ión de lacausa con "los motivos que inducen a los agentes a la celebración qel <:tcto o contrato" y lacausa ílícita con "la

prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público", y sancionada esta también por el art. 1741 con la nulidad absoluta del acto o contrato, hay que llegar, respecto de la aplicación de esta sanción, a las mismas conclusiones referentes al objeto ilícito. Corresponde aljuez determinar discrecionalmente en cada caso concreto si el acto sub judice ha obedecido o no a móviles contrarios al orden público o a las buenas costumbres, sin que para ello tenga que fundarse en una expresa
prohibición legal.

Sin embargo, también hay que recordar aquí que la doctrina y la jurisprudencia francesas, que sustituyeron la teoría de la causa de DOMAT por la llamada "de la causa impulsiva y determinante", acogida por nuestro Código Civil y que identifica la noción de la causa con los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, ya con miras a la protección de la buena fe en punto de la aplicación de la sanción de la nulidad absoluta en el caso de la causa ilícita, ha exigido que esos móviles o motivos sean comunes de las paites o, a lo menos, conocidos por todas ellas. En este mismo sentido, o sea, en la exigencia del mencionado requisito, ya se había pronunciado nuestra
jurisprudencia y el actual Código de Comercio expresamente acoge tal doctrina en su art. 104, que así constituye una interpretación auténtica o legislativa del art. 1524 del Código Civ¡¡L'i.

De esta suerte, estando facultado el juez, erigido en guardián del orden público, para declarar aun de oficio la nulidad absoluta de los actos viciados de causa ilícita, no puede perder de vista la precitada limitación impuesta con miras a la protección de la buena fe contractual.

525. c) LA FALTA DE LA PLENITUD DE LA FORMA SOLEMNE. Incluye el art. 1741 entre las causales de nulidad

absoluta "la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o celebran".
Esta frase legal ha dado lugar a diversas interpretaciones. Así, quienes consideran que nuestro Código Civil no ha contemplado la inexistencia de los actos jurídicos como una causal de su ineficacia, distinta de la nulidad, creen encontrar en dicha frase soporte de su tesis. La falta de cualquier "requisito", interno como la voluntad o consentimiento, o el objeto, la ilicitud de este o de la causa, y la falta de la "formalidad" o requisito externo generarían la nulidad absoluta del acto, pero no su inexistenciall,.
Ya hemos declarado en varias oportunidades nuestra posición al respecto. Consideramos que la forma solemne es un elemento o requisito esencial en los actos sujetos a ella, de modo que si falta, dichos actos son inexistentes, "se mirarán como no ejecutados o celebrados", según lo preceptúa el art. 1760; "no producen ningún efecto civil", según lo declara el art. 1500. Así, en presencia de una compraventa de un bien inmueble por documento privado, eljuez debe limitarse a tenerla por no celebrada, sin que para ello sea necesario que dicte un fallo, como sí tiene que hacerla para privar de eficacia el acto nulo por falta de un requisito para su valor.
Por tanto, si el art. 1741 se refiere a la falta de requisitos o formalidades prescritos para el valor, y si el propio artículo trata separadamente de la falta de los requisitos de fondo también exigidos para el valor (la licitud del objeto y de la causa y, a lo menos, la capacidad relativa de los agentes), para nosotros
es incuestionable que, con base en una interpretación institucional y no de la exégesis aislada del art. 1741, lo que este sanciona con la nulidad absoluta no es la inobservancia total

de la forma solemne, sino la omisión de requisitos prescritos para esta, a menos que la ley excluya la efectividad de dicha sanción, restándole así trascendencia a la omisión.
En suma, la inobservancia total de la forma solemne acarrea la inexistencia del acto, y la inobservancia de tal solemnidad, pero no en forma plena, en principio, acarrea la nulidad absoluta del acto. Si la ley prescribe la escritura pública para la compraventa de bienes inmuebles, y si la escritura pública es el instrumento otorgado ante notario o quien haga sus veces, la falta de este funcionario conduce a que el contrato se tenga por no celebra
do. La ley también prescribe que la escritura pública sea firmada por los otorgantes; luego, si esta firma falta, dicha escritura y el contrato que contiene son absolutamente nulos. En fin, la ley prescribe que estas firmas sean completas e inteligibles, pero si no lo son, basta que estén acompañadas de la denominación completa de los firmantes, para que la nulidad quede des
cartada 17.

526. d) LA INCAPACIDAD ABSOLUTA. Según quedó visto, esta categoría de las incapacidades generales comprende a los menores impúberes, a los de mentes y a los sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito.
Estas personas que, como tales, están dotadas de la capacidad jurídica que las habilita para ser titulares de derechos y obligaciones, carecen de la capacidad legal. Su falta de desarrollo sico-físico, o sus afecciones sicopáticas, o su ineptitud para entender y hacerse entender, según el cas(), determinan que la ley
las excluya del comercio jurídico, en forma tal que no puedan intervenir en este sin el ministerio de otras personas, sus

padres o guardadores, quienes tienen que obrar directamente en representación de aquellasl8.

En cuanto a nuestro tema de las nulidades, el legislador ha considerado que los motivos determinantes de esta incapacidad legal absoluta son de tanta gravedad, que ha decidido prestarles a las personas afectadas por ella una especial protección, sometiendo los actos jurídicos que les son imputables,
pero ejecutados sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades prescritos, al régimen de la nulidad absoluta.

527. LA DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA. Rechazada la teoría de las nulidades de pleno derecho y prescrita, en su lugar, la necesidad de la declaración judicial, cualquiera que sea la causal de invalidez de los actos jurídicos, el art. 1742 del Código, hoy subrogado por el art. 2Q de la ley 50 de 1936, estableció no solamente la facultad, sino el deber de los jueces
de hacer tal declaración de oficio en todas las hipótesis sancionadas con la nulidad absoluta, así: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...".

Consagra así la ley una importante excepción a los principios dispositivo y acusatorio que predominan en el derecho procesal civil clásico latino, según los cuales la potestad decisoria de los jueces debe ceñirse a las pretensiones de las partes litigantes (lit.is-contestatio), so pena de incurrir en los vicios de extra petitum o ultra petitum. Con otras palabras: en el mencionado sistema la actuación jurisdiccional desempeña un papel pasivo y subordinado a la iniciativa de los litigantes en la especie sub judice.

La precitada determinación legal era de necesidad imperiosa, porque al delegar el legislador en los jueces el pronuncia-

miento de las nulidades, no podía dejar a merced de los particulares el promover o no la impugnación de los actos violatorios de las leyes imperativas, del orden público, o de las buenas costumbres, como son los actos con objeto o causa ilícitos.

También se justifica dicha determinación en los casos de inobservancia de la plenitud de los requisitos formales ad substantiam actus, porque es de presumir que si la ley entraba con ellos el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, es porque el interés general está comprometido en el cumplimiento de tales requisitos con miras a la seguridad del comercio.

Pero donde sí resultan excesivos el poder y el deber de los jueces para declarar de oficio la nulidad absoluta es en los casos en que esta se enderece a la protección de la incapacidad absoluta. Bien está que la tutela de dicha incapacidad se realice en el propio campo de la incapacidad general, mediante la adopción para aquella de medidas más rigurosas que las prescritas para la incapacidad relativa, como la de exigir la intervención directa de los representantes legales en los actos de los impúberes, los dementes y los sordomudos iletrados, porque es dudoso que estos puedan emitir una voluntad plenamente consciente e inteligible. Pero, ya en el terreno mismo de las nulidades, no se explica satisfactoriamente esa protección oficiosa de los jueces por el que no pasa de ser un interés privado de los incapaces absolutos, y que ellos pueden defender adecuadamente cuando adquieran o recobren la libre administración de sus bienes, o antes, por intermedio de sus representantes legales. Solo que, según lo veremos seguidamente, estando condicionada la declaración oficiosa de la nulidad por el juez a que esta aparezca de manifiesto en el acto o contrato, sería insólito el caso en que una persona al

celebrarlo se declarase impúber, o demente, o sordorimdo iletrado.
En efecto, se repite que la actuación oficiosa de los jueces para pronunciar en concreto la declaración de las nulidades absolutas está circunscrita a los casos en que estas aparezcan de manifiesto en el acto o contrato, lo que supone, en primer lugar, que dicho acto o contrato esté sub judice, o sea, que haya sido traído a un proceso en el que se pretenda su validez, pues sería extravagante pensar que la facultad y el deber de los jueces pudiesenllegar hasta imponerles a estos la obligación de pesquisar extra juicio los actos con objeto o causa ilícitos, con deficiencias formales, o celebrados por incapaces absolutos. En segundo lugar, la causal de la nulidad absoluta debe ser
manifiesta, vale decir, patente, ostensible, evidente, de modo tal que para establecerla el juez no tenga que ocurrir a otros actos o medios probatorios distintos 19.

528. LA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.
A vuelta de consagrar el poder de los jueces para declarar de oficio la nulidad absoluta, facultad que, a lo menos en principio, se endereza a erigirlos en guardianes de la ley y del orden público, el arto 2Q de la ley 50 de 1936 preceptúa: "... puede asimismo
pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley...".
De esta suerte, el ministerio público en su carácter de procurador de la sociedad, tiene la función de promover y vigilar la cumplida aplicación de la ley.
Así, en el campo de la sanción de los actos calificados por el legislador como absolutamente nulos, se justifica su legitimación ad causam para pedir la respectiva declaración judicial "en interés de la moral o de la ley", expresión esta que adole-

ce de vaguedad, pero que tradicionalmente se ha entendido con el significado de que el mencionado organo público, cuyo supremo director
es el procurador general de la república (Const. PoI., arts. 275 y ss.), puede y hasta debe actuar siempre que vea comprometido el interés de la sociedad en la observancia de las leyes imperativas o, en general, en la preservación del orden público, en razón de actos jurídicos contrarios a ellos.
Por otra parte, la mencionada expresión legal parece excluir la intervención del ministerio público en punto de la nulidad de los actos causada. por la incapacidad absoluta de los agentes, cuando tal intervención tuviere por fundamento, no el interés de la moral o de las leyes imperativas, sino el interés privado de tal clase de incapaces (véase el arto 43 del C. de P. C.). ,

En sentido contrario se ha pronunciado nuestra Corte Suprema (casación del 30 de junio de 1893, "C. j.", t. VIII, pág. 340; del 21 de junio de 1935, "C. j.", t. XLI, pág. 171, Y del 18 de octubre de 1938, "C. J.", t. XLVIII, pág. 238), siguiendo una equivocada jurisprudencia chilena. Así, ha dictaminado dicha superioridad que los jueces podrían declarar la nulidad absoluta de la venta de un bien inmueble embargado, aunque esta circunstancia no apareciera en el propio contrato de compraventa, sino en un certificado del registrador de instrumentos. El error de la Corte es palmario. El ordinal 32 del art. 1521 del Código Civil
declara la ilicitud del objeto, no por la venta de las cosas embargadas por decreto jUdicial -contrato que es un título que solamente genera la obligación de hacer tradición de la cosa
vendida-, sino por la enajenación de ellas, la que precisamente se efectúa por el modo que es esa tradición y que, por

tanto, solamente puede constar manifiestamente en el certificado
de registro que da cuenta de la inscripción del anterior embargo. (V éanse las siguientes casaciones: del 9 de junio de 1892, "C.J.", t. VII, pág. 261; 12 de junio de 1923, "C.J.", t. xxx, pág.
59; 19 de agosto de 1935, "C.J.", t. XLII, pág. 392; 26 de agosto de 1938, "C.J.", t. XLVII, pág. 66; 5 de abril de 1946, "C.]." t. LX, pág. 363; 20 de mayo de 1952, "C.j.", t. LXXII, pág. 125; Y 22 de
octubre de 1952, "C. J.", t. LXXIII, pág. 395).

529. LA LEGITIMACIÓN DE LOS PARTICULARES PARA ALEGAR LA NULIDAD ABSOLUTA. El ya citado art. 2Q de la ley 50 de 1936 confiere la legitimación ad causam para alegar la nulidad absoluta "a todo el que tenga interés en ello". Modificase así el régimen pertinente anterior que excluía de tal legitimación a quien "ha ejecutado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", restricción esta que era coherente con el principio general, conforme al cual "nadie puede ser recibido a alegar su propia inmoralidad" (nema auditurpropriam turPitudinem allegans) que, a,su vez, determinóla privación de la acción de repetición "de lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas" (arts. 1525 y 1746).
La redacción actual de la norma de que se trata, en cuanto otorga a cualquier interesado la legitimación para alegar la nulidad apsoluta, sin la exclusión del agente o parte que hubiese sabido o debido saber que se incurría en dicha nulidad, pone fin a las discusiones, un tanto bizantinas, acerca de si dicha exclusión se limitaría a quienes no pudiesen excusarse de su ignorancia de la ley, o si, por el contrario, sería

aplicable solamente a quienes hubiesen actuado, ~abiendo o debiendo saber las circunstancias de hecho causantes
de la nulidad2°. .
Ante la redacción de la comentada norma actual, en concordancia con el arto 1746, la conclusión a que hay que llegar es que quien haya participado en un acto legalmente calificado como absolutamente nulo está legitimado para alegar la nulidad, pero carece de acción para repetir lo que ya haya dado o pagado en razón de dicho acto, a sabiendas de la ilicitud en el objeto o en la causa de este. Entonces así solamente podrá evitar qúe el acto continúe produciendo efectos futuros en su contra.
En resumen, de lo ya dicho, tenemos que la ley legitima a quienes han participado en Un acto absolutamente nulo para invocar la nulidad, con la sola restricción de gue,no pueden fundarse en tal legitimación para repetir lo que hayan dado G> pagado, a sabiendas de que dicha nulidad provenía de un objeto o causa ilícitos.
Lo afirmado respecto de los agentes o partes en el acto absolutamente nulo, en cuanto a su interés y legitimación para alegar la nulidad, se predica respecto de sus herederos, porque estos, como continuadores de la personalidad de aquellos, les suceden en todos sus derechos trasmisibles, entre los que está el de pedir la declaración de la nulidad; pero con la restricción de no poder repetir lo dado o pagado por su causante, a sabiendas de la ilicitud del acto. En cuanto a los causahabientes a título singular, quienes suceden a su causante en determinado derecho real o crediticio, hay que advertir que la legitimación para demandar la nulidad solamente asiste a los cesionarios o legatarios del derecho a pedir la declaración de nulidad y no a los causahabientes de tal clase en otros derechos distintos, como el cesionario o legatario de un crédito o de otro derecho real. En efecto, resultaría absur-

do que el comprador de una cosa corporal o el cesionario de un crédito pudieran invocar la nulidad de un acto anterior de su causante, por el cual este hubiese adquirido
precisamente el derecho real o crediticio objeto de la cesión o del legado, pues no es concebible el interés que aquellos puedan tener en destruir su propio título. Pero sí es claro que el cesionario o legatario del derecho mismo a pedir la nulidad tenga interés en invocarIas para recibir las restituciones a que su causante también tuviera derecho.
En fin, procede precisar la legitimación de los terceros para alegar la nulidad absoluta, porque la norma legal comentada se refiere a "todo el que tenga interés en ello", expresión que cobija a los terceros relativos, entre los cuales ocupan lugar los asignatarios forzosos y los acreedores, legitimados para hacer valer sus propios derechos frente a los actos de sus causantes o de sus deudores, respectivamente.

530. EL INTERÉS QUE DETERMINA LA LEGITIMACIÓN. Es un principio general en punto de la legitimación ad causam o derecho sustancial para incoar una acción, el que se enuncia diciendo "sin interés no hay acción". Entonces, si la ley legitima a "todo el que tenga interés en ello" para alegar la nulidad absoluta, cabe preguntarse cuál es dicho interés.
El señor BELLO, en sus proyectos, había calificado claramente tal interés, al decir: "por todo el que tenga un interés pecuniario en ello"; pero la Comisión Revisora chilena suprimió el calificativo pecuniario, dando así lugar a ambigüedad. No obstante esto, la doctrina tiene declarado que tal interés debe ser el pecuniario o económico, a lo que agregamos, para mayor precisión, que este interés debe ser el proPio de quien alega la nulidad por Vía de acción o de excepción, porque el acto impugnado le irroga un perjuicio económico cierto. Mal podría un particular pretender erigirse en defensor

moral de la ley o del orden público, y aun del interés privado de los incapaces absolutos, interés este que, según los principios generales del derecho civil, debe ser tutelado por su titular, si es legalmehte1capaz o, de no serIo, por sus representantes legales, principios estos que, según quedó dicho, han sido injustificadamente desatendidos por nuestro ordenamiento al facultar a los jueces y aun al ministerio público para irrogarse oficiosamente esa tutela "en interés de la moral o de la ley".

531. LA RATIFICACIÓN DE LOS ACTOS ABSOLUTAMENTE NULOS. El arto 1742 del Código Civil proscribía sin excepción el saneamiento de la nulidad absoluta por la ratificación del acto vicioso: "y no puede sanearse por la ratificación de las partes". Pero el arto 2Q de la ley 50 de 1936, que subrogó el precitado texto, modificó la fórmula así: "Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes". De esta suerte, la que era una prohibición absoluta pasó a convertirse en una autorización general, con la excepción de los actos afectados de objeto o causa ilícitos.

Esta excepción, que anteriormeI1te estaba comprendida en la prohibición general, tiene un fundamento jurídico evidente. El campo de la autonomía de la voluntad privada está limitado por el orden público que es la noción dominante en todo el derecho. Entonces, si la ley les prohíbe a los particulares quebrantar el orden público mediante la celebración de actos ilícitos en su objeto o en su causa, incurriría en flagrante contradición si les permitiera a esos mismos particulares que, so pretexto de esa autonomía de voluntad que ellos desbordaron, pudieran convalidar sus actuaciones ilícitas. Más sencillamente, lo que está vedado a la autonomía de la voluntad no puede realizarse mediante la celebración del acto prohibido ni

mediante otro acto posterior, como sería la ratificación de aquel. Tal procedimiento constituiría ni más ni menos que una reincidencia y contumacia en la conducta condenada por la ley.
Por el contrario, se repite que la reforma de 1936 sí autoriza el saneamiento de los actos viciados de nulidad absoluta, en los casos en que esta no está determinada por el objeto o la causa ilícitos, o sea, en los de inobservancia, no total de la forma solemne, sino de alguno de los requisitos prescritos para el valor de esta, por ejemplo, la concurrencia de cierto número de testigos, su idoneidad, su firma, ete., y en los casos en que se omitan las formalidades tutelares de la incapacidad absoluta. Pues bien, la mencionada autorización legal para el saneamiento de estos otros actos absolutamente nulos implica modificaciones sustanciales al sistema hasta enton-Ces vigente.
En punto de la inobservancia de requisitos no esenáp.les, sino para el valor de la forma solemne, el sistema vigente hasta la reforyna; excluía la ratificación del acto, vale decir, su saneamiento con efecto retioactivo hasta la celebración de dicho acto (ex tune), lo que, desde luego, no obstaba a la celebración de un nuevo acto no afectado por el mismo vicio, el cual estaba llamado a producir la plenitud de sus efectos legales para el futuro (ex nunc). La reforma no contempló expresamente esta cuestión; pero, al autorizar la ratificación del acto así viciado, tácitamente le dio al nuevo acto, el de la ratificación, la virtualidad de sanear en forma retroactiva el acto absolutamente nulo., al igual que la ratificación de un acto relativamente nul023.
y en materia del saneamiento de los actos nulos a causa de la incapacidad absoluta de los agentes, la reforma también implica modificaciones sustanciales al sistema anterior. En este, la ratificación, o sea, el saneamiento voluntario del acto

declarado legalmente nulo por tal causa, también estaba proscrita, hasta el extremo ya exagerado de que el pago hecho por el deudor, después que hubiera adquirido o recuperado la libre administración de sus bienes, ni siquiera era considerado como el cumplimiento de una obligación natural (art. 1527).

Por tanto, al autorizar la reforma la ratificación de los actos de los absolutamente incapaces, dotó a este medio de saneamiento de la misma eficacia que tiene en el campo de la nulidad relativa: quien hubiese sido absolutamente incapaz y en tal estado hubiese celebrado un acto, por ello calificado absolutamente nulo, al adquirir o recuperar la libre administración de sus bienes puede ratificar, o sea, sanear con efecto retroactivo dicho acto, bien sea que lo haga expresamente, o en forma tácita mediante el cumplimiento voluntario del acto (arts. 1752 y 1754). Nótese, por tanto, que la innovación de 1936 no solo reformó el arto 1742 del Código Civil, sino que también derogó virtualmente las normas contrarias de los arts. 1504 y 1527 del mismo Código, en cuanto negaban hasta el carácter de obligaciones naturales a las contraídas por los incapaces absolutos.

Sobre este tema de la ratificación de la nulidad absoluta volveremos adelante, porque conviene tratado conjuntamente con la ratificación de la nulidad relativa24.

532. LA PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA.

En el derecho romano se negó de plano la aptitud de la prescripción para sanear los actos nulos a causa de la trasgresión de las leyes: "lo que es inicialmente vicioso no puede convalecer por el trascurso del tiempo"25,

En los primeros proyectos del señor BELLO se reprodujo el principio romano: "y no puede sanearse [la nulidad absoluta] ni por la ratificación de las partes, ni por el lapso de tiempo". Sin embargo, en el último de tales proyectos se hacía la si-

guiente aclaración: "No podrá, sin embargo, alegarse contra una posesión pacífica que haya durado treinta años",

La Comisión Revisora del proyecto de Código Civil chileno modificó esta fórmula, así: "y no puede sanearse [la nulidad absoluta] por la ratificación de las partes, ni por el lapso de tiempo que no pase de treinta años", y suprimió, quizá por innecesaria, la aclaraCión del señor BELLO tocante a la usucapión extraordinaria.
Esta misma fórmula del Código chileno fue la adoptada por el arto 1742 del nuestro. En fin, la ley 50 de 1936 redujo en su arto 1° a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias establecidas en el Código Civil, incluyendo "la de saneamiento de las nulidades absolutas", y en el arto 2° de dicha ley se cambió así la fórmula anterior al respecto: "Cuando no es generada [la nulidad absoluta] por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por
la ratificación de las partes, y en todo caso por la prescripción extraordinaria" (subrayamos).
La anterior reseña histórica nos da cuenta de un vuelco total en la concepción del saneamiento por la prescripción de los actos absolutamente nulos. En efecto, según allí se ve, el criterio romano que había excluido la eficacia de la prescripción para sanear los actos nulos fue sustituido por el diametralmente contrario que permite dicho saneamiento por el tras curso de veinte años sin que se haya demandado o declarado de oficio la nulidad. Además, -y esto es de la mayor importancia-, la reforma de 1936 conserva dos modificaciones trascendentales. En primer término, ratifica la prescripción extraordinaria de las acciones de nulidad contra los actos con objeto o causa ilícitos y, en segundo término, confirma el establecimiento de una nueva modalidad sui generis dentro de la institución misma de la prescripción, modificación esta

última que, según quedó visto, no es imputable al propio seíi.or BELLO, sino a la Comisión chilena.
En cuanto a lo primero, hay que tener en cuenta que, por razones de alto interés público, el derecho había excluido de la prescripción extraordinaria la acción impugnatoria de los actos ilícitos en su objeto o en su causa, exclusión esta que permitía a los titulares de dicha acción atacarlos en cualquier tiempo, aun posterior al término de dicha prescripción. A partir de la comentada reforma, después de consumada la prescripción, tales titulares tienen cerrada la mencionada vía de impugnación, con prescindencia de su interés privado para usar de ella y aun del interés general que legitima al ministerio público para hacerla.
Pero, lo que es más grave, el vuelco doctrinario propiciado por la Comisión chilena ya no se limita a declarar la prescripción o preclusión de las acciones de nulidad en general, sino que, según quedó enunciado, crea una nueva modalidad de la prescripción antes desconocida: ~Ü[l1J:f!f!m~ert~Q.É~Ja nulidad abso.l1!~a., con la consecuencia aberrante de que este engendro ya no solo descarta totalmente la actuación de quienes estuvieran legitimados ad causam para invocar la declaración de nulidad, sino que también extingue la potestad de los jueces para combatir los actos ilícitos.
El Código Civil, en su título XLI del libro IV, consagra y reglamenta las tres clases de prescripción reconocidas por la doctrina clásica: la adquisitiva o usucapión, la liberatoria de las obligaciones y la extintiva de las acciones
judiciales, de la cual quedaba excluida precisamente la enderezada a la declaración de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos. La reforma ya no se refiere concretamente a ninguna de estas tres especies, sino a la prescriPción de la nulidad, o sea, de la sanción legal misma y al consiguiente saneamiento del acto en tal forma sancionado. Entonces,

cumplido el término de la prescripción extraordinaria, veinte aíi.os, el juez queda despojado de su poder legal para negarle eficacia al acto ilícito, bien sea de oficio o bien a instancia de parte legítima. Ese acto violatorio del orden público queda totalmente purgado de su pecado original y quienes fueron sus agentes reciben un indulto plenario que también cohonesta sus pretensiones para obteuer el lucro de su conducta antisocial; y ni el juez puede tampoco declarar de oficio la nulidad por la misma razón: porque el contrato ya quedó saneado por la prescripción de la sanción legal.

533. CONCLUSIÓN. Lástima que el legislador de 1936 no hubiera captado todos los desaciertos tocantes a la defectuosa disciplina de la nulidad absoluta y, por ello, no los corrigiera.

B) La nulidad relativa

534. LAs CAUSALES. A vuelta de relacionar los motivos causantes de la nulidad absoluta de los actos jurídicos, el art. 1741 dispone en su inciso final: "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato". Así, procediendo por vía de exclusión de la falta de los requisitos esenciales, determinante de que el acto se tenga por no ejecutado o celebrado, esto es, como inexistente en el campo autorizado a la autonomía de la voluntad privada, y de la falta de los requisitos para el valor de los actos existentes, pero sancionada con la nulidad absoluta, llegamos al último terreno en que opera la ineficacia de dichos actos, el de la nulidad relativa, en el cual se sanciona con esta la falta de los demás requisitos prescritos por la ley para el valor de la actuación jurídica privada. ¿Cuáles son esos otros vicios cuya falta apareja la nulidad relativa y dan

derecho a la rescisión del acto? También ya los dejamos averiguados y examinados detenidamente en la tercera parte de esta obra.

Tales vicios son la incapacidad relativa, ciertas incapacidades particulares, los vicios del consentimiento y la lesión enorme en ciertos casos.

En la actualidad solamente adolecen de incapacidad relativa los menores adultos y los disipadores en interdicción judicial.

Son, pues, incapaces relativos los varones mayores de catorce aíi.os, pero menores de los dieciocho, las mujeres mayores de doce aíi.os, pero que tampoco hayan cumplido los dieciocho, y los disipadores que hayan sido declarados en interdicción judicial para evitar que dilapiden su hacienda y se conviertan en una carga para la sociedad.

Recuérdese que la ley también establece la incapacidad particular, al lado de la incapacidad general, y que aquella consiste en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. En su oportunidad explicamos nuestro parecer en punto de estas incapacidades particulares consideradas por algunos como determinantes de nulidad absoluta y por otros como causales de nulidad relativa. Entonces distinguimos, así: si la prohibición legal se endereza a la protección del orden social, o de los incapaces absolutos, o su violación estructura un caso de objeto llicito, esta sancionada con la nulidad absoluta; pero la prohibición legal tiene por fin proteger el interes privado de una persona capaz ? relativamente incapaz, el VICIO que apareja la trasgresión queda comprendido en el inciso final del art. 1741, que determina las causales de la nulidad relativa.

Las vicios de la voluntad, o sean, el error, el dolo y la fuerza, en cuanto reúnan las condiciones que la ley establece para

que constituyan VICIOS dirimentes de los actos jurídicos, tambien estan sancionados con la nulidad relativa.

En fin, además de los precitado s casos en que la nulidad relativa obedece a la condición o estado de las personas, dicha nulidad también se predica atendiendo a la naturaleza de ciertos actos, respecto de los cuales la ley quiere evitar que se presente un desequilibrio económico de tal magnitud, que ocasione para el agente o para alguno de los agentes una lesión enorme. Así en la compraventa y en la permuta de bienes inmuebles, en las particiones de bienes y en la aceptación de una asignación sucesora.

Dicha lesión enorme, cuando se configura en los contratos de mutuo o de anticresis y en la estipulación de cláusula penal, no está sancionada con la nulidad relativa que da derecho a la rescisión de! acto lesivo, sino con el reajuste judicial de este.

535. LA LEGITIMACIÓN PARA INVOCAR LA NULIDAD RELATIVA. A diferencia de la nulidad absoluta, que puede ser declarada de oficio por el juez o a petición del ministerio publico, el art. 1943. limita ha legitimación ad causam, para alegar la nulidad relativa, en los siguientes casos: La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez y sólo a pedimento de parte; no puede pedirse su declaración por el ministerio publico en el solo interés de la ley; no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios.

Desde luego, las personas en cuya protección se ha establecido la nulidad pueden demandar su declaración (legitimación ad causam), siempre y cuando que no estén sujetas a potestad o guarda, o sea, que tengan la capacidad para administrar

libremente sus bienes, pues, de no tener esta capacidad, deben actuar judicialmente por intermedio de sus representantes legales (legitimacion ad processum).

También la ley autoriza a los herederos y a los cesionarios para pedir la declaración de la nulidad relativa establecida en beneficio de su causante.

Los primeros son los continuadores de la personalidad de este y le suceden en todos sus derechos trasmisibles, entre los cuales está ese de pedir la declaración de nulidad de sus actos. Respecto de los segundos, o sea, de los cesionarios, importa insistir aquí en lo que ya habíamos declarado respecto de la legitimación para alegar la nulidad absoluta.

Los causahabientes a título singular son las personas que adquieren de su causante un derecho igualmente singular (propterrem singulam), real o crediticio tales son el omprador el donatario, el cesionario, el legatario, etc.

Estos causahabientes singulares no tienen con su causante otra vinculación distinta, o sea que nada tienen que ver con los otros derechos que integran su patrimonio. Agrégase a lo dicho que tales causahabientes reciben el derecho que se les trasfiere o trasmite en e! estado que tenga en el momento de efectuarse la sucesión, en forma tal que los actos anteriores del causante en relación con tal derecho pueden beneficiarios o series adversos,
en la medida en que favorezcan o disminuyan tal derecho, respectivamente.

Así, el comprador de un bien inmueble lo recibe con las hipotecas existentes sobre él en tal momento, en el de la

sucesión, e igualmente con las servidum bres activas impuestas en su favor.

Pues bien, a propósito de! tema que aquí analizamos, cual es el del derecho a pedir la nulidad de los actos jurídicos, importa hacer una aclaración fundamental, porque algunos creen que tal derecho se traspasa a cualesquiera causahabientes a título singular, y otros interpretan que la voz cesionarios empleada por la ley se refiere exclusivamente a los cesionarios de un credito, opiniones ambas equivocadas.

En primer lugar, repetimos que salta a la vista que sería absurdo que, ejemplo e! comprador o e! donatario o el legatario de una cosa, o el secionario de un crédito, cuyo interés no puede ser otro que el de conservar su derecho, alegará la nulidad de un acto anterior de su causante, lo que precisamente conduciría al consecuente aniquilamiento de ese derecho suyo.

En segundo lugar, no menos injurídico sería que ese causahabiente pretendiera sustituirse a su causante con e! fin de que la destrucción de! acto nulo le permitiera lograr la restitución en su favor de lo dado o pagado por su causante, v. gr., e! precio de la compraventa de la cosa o el precio de una cesión anterior de! crédito, porque esto equivaldría a cambiar el objeto de la sucesión por otro objeto ajeno a ella.

Por las mismas razones es infundada la identificación de la voz cesionarios que emplea la ley con los cesionarios de créditos, quienes solamente adquieren estos derechos, tales como existían en cabeza de los cedentes, y las facultades para hacerlos valer, no para destruirlos, con lo cual perjudicarian su único interés legítimo.

Entonces, la única interpretación que, sin sofismas ni extravíos, admite el mencionado texto legal, es la de que, de la propia manera que los herederos suceden a su causante en el derecho que este tuviera para pedir la nulidad, los sesionarios del mismo derecho de petición lo adquieren a título sin fO guIar. No existe razon alguna para negar que el derecho para Impugnar un g
acto jurídico no pueda ser cedido en sí mismo (propter rem singulam). Es lícito'
-y así lo confirma la norma legal comentada- que, por ejemplo, el que haya consentido en un contrato viciado por incapacidad, o por error, fuerza, dolo o lesión enorme, le ceda a un tercero, por acto entre vivos o por causa de muerte, su derecho a pedir la anulación de ese contrato y a obtener las restituciones a que el cedente también tuviere derecho.

536. EL INTERÉS PARA INVOCAR LA NULIDAD RELATIVA. La determinación de las causales que dan lugar a esta sanción permite establecer, sin lugar a dudas, que el interés que legitima a-las personas a quienes el arto 1743 del Código Civil señala como titulares del derecho a pedir la anulación o rescisión del contrato, no es otro que el de lograr la protección que se les quiere prestar a dichas personas contra el acto viciado.
Es este, por tanto, un interés privado, aunque se repite, es claro que el interés social también está comprometido en que los agentes obren en el comercio jurídico con cierto grado de discernimiento, de experiencia y de libertad.

Importa füar la atención en este punto sobre la evolución fundamental que ha sufrido la teoría en el correr de los siglos.

Recuérdese que los romanistas medioevales creyeron encontrar el fundamento de la que ellos y sus seguidores han denominado anulación, rescisión y nulidad relativa en la acción pretoria de in integrum restitutio, que, según ya lo hemos dicho, no era tal acción de anulación de actos que la ley reputaba válidos y, por ende, no podían ser anulados por los jueces, sino que tenía por fin reparar a posteriori el perjuicio injusto sufrido por el agente que hubiese cumplido ya esos actos legalmente válidos, cuando hubiese participado en la celebración de ellos en estado de incapacidad o con una voluntad viciada.

Pues bien, al acoger la doctrina esa teoría de la anulación que, se repite, no existió en el derecho romano, también cambió el concepto del interés que legitimaba el ejercicio de la actio de in integrum restitutio, en el sentido de admitir que los titulares de esa nueva acción de anulación pudieran ejercerla sin necesidad de alegar y acreditar que habían sufrido un perjuicio por haber cumplido ya, en todo o en parte, el acto viciado. De esta suerte, quedó totalmente eliminada en el derecho moderno la actio de in integrum restitutio, según lo declaró el propio señor BELLO en el Mensaje que preparó para la presentación del proyecto de Código Civil por el presidente al Congreso de Chile.

Así, la legitimación que nuestro art. 1743 confiere a las personas allí enumeradas para pedir la declaración de la nulidad relativa, presume en ellas el interés actual, cierto y propio que se requiere para el ejercicio por los particulares de las acciones y excepciones judiciales. Es actual para el agente protegido desde el momento de la celebración del acto viciado, porque a partir de tal momento queda obligado a cumplido y puede ser demandado para

ello; es cierto y propio por la misma razón. y dicho interés reúne las mismas condiciones respecto del heredero desde el momento en que se abre la sucesión de su causante, y respecto del cesionario de la acción de impugnación desde cuando se consuma la sucesión en ella a título singular.

537. REGLAS ESPECIALES DE LOS ACTOS DE LOS INCAPACES. Las contempla el Código Civil en la siguiente forma:

538. EL DOLO DE LOS INCAPACES. Dispone el inciso primero del art. 1744:
"Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni el ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad".
Este inciso primero no es una simple aplicación del art. 1515, que erige el dolo en vicio del consentimiento cuando es obra de una de las partes y es determinante del acto o contrato.
Tales condiciones se estructuran cuando el incapaz, como parte en la celebración del negocio, ha inducido dolosamente a la otra parte a celebrarlo; pero, como salta a la vista, en el caso contemplado se combinan dos causales de nulidad del acto, la incapacidad que legitima a quien la padece para invocar dicha nulidad, y el dolo cometido que, a su vez, legitima a la otra
parte para alegarlo. Pues bien, la finalidad del citado art. 1744 es precisamente la de privar al incapaz doloso y a sus herederos o cesionarios de la legitimación que, en principio, les reconoce la ley. O sea, que en tales circunstancias la nulidad relativa del acto solamente puede ser alegada por la víctima del dolo del incapaz. Esta sanción está bien puesta en razón, porq\le de no impo

nerse, se cohonestaría una conducta ilícita, so pretexto de la ihcapacidad de su autor:.

Pero el inciso segundo del mismo art. 1744 agrega: "Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción; u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad". De manera que la privación al incapaz y a sus herederos y cesionarios de la facultad para alegar la nulidad del acto por causa de la incapacidad del primero presupone que este no se haya limitado a mentir, sino que, además, haya realizado "una maquinación dolosa, como sería por ejemplo la presentación de una partida de nacimiento adulterada para comprobar su mayor edad".

Algunos han pretendido justificar esta extravagante excepción recordando la máxima romana, según la cual "quien con otro contrata debe no ignorar su condición" (Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus)37, y hasta llegando a decir que semejante afirmación mendaz constituiría uno de esos casos del dolus bonus de los romanos, modernamen. te denominado dolo tolerado.

Que sea un dolo tolerado no cabe duda, puesto que el art. 174410 cohonesta; pero llegar hasta decir que una mentira que no es de uso corriente en el comercio es un dolo bueno o que deba ser tolerado, arrojándole a la víctima del engaño la carga de averiguar la verdad, es un exabrupto jurídico que, además, rompe la tradición doctrinaria que siempre ha calificado las afirmaciones mendaces que se salen de las prácticas comerciales como un procedimiento doloso caracterizado.

539. LA OBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS Y FORMALIDADES TUTELARES DE LA INCAPACIDAD. El inciso primero del art. 1745, inspirado en el 1314 del Código

francés, declara: "Los actos y contratos de los incapaces, en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirse, sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes".

A primera vista este texto legal incurre en una perogsullada, porque es claro que si un acto no está viciado por incapacidad, solamente puede estado por otra causa diferente.

Sin embargo, su inclusión en los Códigos mencionados obedeció a razones históricas de peso. En efecto, habiéndose fundado la teoría medieval de la anulación en la acción pretoria romana de in integrum restitutio, aquella conservó los rasgos fundamentales de esta, en cuanto su procedencia estaba determinada por el perjuicio sufrido por los beneficiarios de dicha acción, entre ellqs los incapaces. De esta suerte, el interés de estos para ejercer la acción de anrlación estribaba, tanto en su incapacidad, como en que el acto les fuera perjudicial. .

Así concebida, la acción de anulación propició un típico abuso de las vías de derecho. En presencia de un negocio complejo y de resultados inciertos, los incapaces o sus representantes se cuidaban de cumplir los requisitos y formalidades tutelares; pero se aventuraban a correr el riesgo, a sabiendas de que si este resultaba desfavorable al incapaz, todavía se contaba con el recupo de la anulación. Este proceder fraudulento, lesivo de la seguridad del comercio, al multiplicarse produjo un acentuado movimiento de desconfianza que puso en entredicho los negocios con los incapaces, lo cual llegó a perjudicarlos mayormente que los actos impugnables mediante la acción de anulación.

Esta última fue la razón por la cual el legislador francés y después el nuestro resolvieron cortar el cordón entre la acción pretoria romana y su posterior versión de la anulación, decla-

rando que los actos de los incapaces, celebrados con los requisitos y formalidades legales tutelares de la incapacidad, solamente podrían ser rescindidos por los otros vicios que aparejan la
nulidad de los actos celebrados por quienes tienen la libre administración de sus bienes. De esta suerte, quedó suprimida la acción pretoria de in integrum restitutio.

540. EL SANEAMIENTO DE LA NULIDAD RELATIVA. Termina el art. 1743, así: "... y puede sanearse [la nulidad relativa] por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes". Examinemos separadamente estos dos medios de saneamiento.

541. LA PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD RELATIVA. "El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años", preceptúa el art. 1750. De manera que, a diferencia de la nulidad absoluta que, según la ley 50 de 193ó, se sanea en todo caso por la prescripción de veinte años, la acción de rescisión, o sea, la de nulidad relativa, se extingue en cuatro ai'íos. El propio arto 1750 dice desde cuándo debe contarse ese cuatrienio: en el caso de violencia, desde que esta hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato; y en el caso de incapacidad legal, desde que esta haya cesado; a las personas jurídicas que, por asimilación a los menores, tengan derecho para pedir la declaración de nulidad injustificadamente se les duplica el cuatrienio, y los ocho años se cuentan desde la fecha del contrat04o. FinaIlza el artículo diciendo: "Todo lo cual se entiende en los casos en que las leyes especiales no hubieran designado otro plazo".

El precitado art. 1750, de suyo suficientemente claro, sin embargo da lugar a unos breves comentarios.

En primer lugar, dicho artículo, que señala el término de la prescripción de la acción rescisoria, no puede interpretarse haciendo caso omiso del art. 1743, en cuanto este declara que la nulidad relativa "puede sanearse por el lapso de tiempo", porque de la armonización de estos dos textos lo que resulta es que la nulidad relativa se sanea en cuatro años respecto de las personas naturales y en ocho de las jurídicas, o sea que vencidos estos lapsos, computados desde su término de partida, el acto se convalida y la nulidad de que adoleciera desaparece y ya no puede ser aiegada ni por acción ni por excepción. Significa esto que nuestro ordenamiento positivo, en punto de la nulidad relativa, adopta el mismo régimen que ya había sentado en materia de la nulidad absoluta: ampliando el marco clásico de la prescripción adquisitiva o usucapión, de la prescripción liberatoria de las obligaciones y de la prescripción extintiva de las acciones, introdujo otra figura sui generis, la de la prescripción de las nulidades en sí mismas consideradas.

Esta innovación, ya criticada en parte respecto de la nulidad absoluta41, implica el rechazo de la solución romana, tan llevada y traída por los autores foráneos, según la cual las excepciones no prescriben42. Entonces, si el beneficiado con la nulidad relativa no la invoca dentro de los cuatro o los ocho años que se le conceden para hacerla, el acto queda convalidado y aquel queda expuesto a que si es demandado posteriormente para el cumplimiento de dicho acto, ya no pueda oponer la excepción de la nulidad saneada.

En segundo lugar, al señalar este texto el punto de partida para computar el término de cuatro u ocho años cuya expiración extingue el derecho a demandar la declaración de la nulidad relativa, no está limitando a dicho lapso la oportunidad para incoar la acción, sino que está indicando el punto final para dicho ejercicio. Así, la víctima de un vicio de su voluntad, el incapaz y la persona jurídica, por intermedio de sus representantes legales, y el que sufre lesión enorme, pueden instaurar la acción rescisoria desde el momento mismo de la celebración del acto vicioso. Lo que no pueden, por estar ya precluida su acción, es ejercerla cuatro años después de haber cesado la violencia, de haberse celebrado el acto o contrato viciado por error, o por dolo, o por lesión, o de haber recuperado o adquirido la capacidad legal, según el caso, u ocho años después de la celebración del acto o contrato, si se trata de una persona jurídica.

De otro lado, como la ley también legitima a los herederos para pedir la declaración de la nulidad relativa, se hizo necesario precisar respecto de ellos cómo opera el cómputo del término de la prescripción cuatrienal. Con tal propósito, el arto 1751 preceptúa: "Los herederos mayores de edad gozarán del cuatrienio entero si no hubiere principiado a correr; y gozarán del residuo, en caso contrario. A los here~eros menores empieza a correr el cuatrienio o su residuo desde que htibieren llegado a edad mayor..." .
Desde luego, según lo dice el! artÍculo trascrito, si el heredero es mayor de edad y el cuatrienio no hubiere comenzado a correr, dicho heredero goza de todo ese término, del mismo modo que pudiera haberlo gozado su causante. Pero si, como puede ocurrir, al tiempo de la muerte de este último el cuatrienio ya hubiere comenzado a correr, el heredero solamente gozará del residuo. Así, si en vida del causante hubieren

corrido dos años no utilizados por este para pedir la rescisión del acto, el heredero mayor de edad solamente contará para hacerla con los dos años restantes.

En cuanto a los herederos menores de edad, el texto comentado les otorga una suspensión del término de la prescripción o del residuo de este hasta el advenimiento de dichos herederos a su mayor edad. Puede ocurrir, por ejemplo, que el causante fallezca antes de comenzar el cuatrienio y deja un heredero de dos años de edad. Entonces, como la norma legal se refiere a los menores, sin distinguir si estos son impúberes o adultos, el heredero contaría con diez y seis años hasta llegar a su mayor edad, más los cuatro años de la prescripción de la nulidad, o sea, con veinte años para alegar esta.

Pero el inciso final del citado art. 1751, coordinado con otras normas legales, suscita dudas. En efecto, dicho inciso preceptúa: "Pero en este caso no se podrá pedir la nulidad, pasados treinta años desde la celebración del acto o contrato". El art. 34 del Código señalaba la mayor edad en veintiún años y, según quedó visto, el art. 1750 fijó en cuatro años el término para pedir la nulidad relativa. Luego, aun dentro del sistema mismo del Código, dicho inciso final del arto 1751 nunca sería aplicable, porque la suma de los veintiún años para cumplir la mayor edad, más los cuatro años de la prescripción de la acción rescisoria, apenas alcanzaría a veinticinco años, y no a los treinta fuados por aquel inciso.
En el mismo orden de ideas, el susodicho inciso indudablemente establece una prescripción treintenaria, al cabo de la cual se extingue definitivamente el derecho a pedir la nulidad, cualquiera que haya sido el tiempo de la suspensión establecida por el artículo; el arto 1 Q de la ley 50 de 1936 redujo a veinte años el término de todas las prescripciones

treintenarias establecidas por el Código Civil, y el art. 1 Q de la ley 27 de 1977 redujo el término de la menor edad a diez y ocho años. Por consiguiente, aun en el caso de que el heredero menor de edad pudiera beneficiarse de la suspensión durante todos los diez y ocho años de su menor edad, para pedir la declaración de la nulidad relativa solamente le quedaría un residuo de dos años para completar los veinte de la ley 50 de 1936.
Otra cuestión que se suscita en punto de la prescripción de la nulidad relativa es la siguiente, que hemos creído necesario tratar para su mejor inteligencia, después de examinar separadamente los arts. 1750 y 1751.

Preceptúa el arto 2545: "Las prescripciones de corto tiempo a que están su jetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla" (subrayamos). Entonces, de aplicarse la regla general de este artículo, la acción de nulidad relativa correría sin suspensión alguna en favor de todos sus titulares legitimados para ello. Esto por dos razones: la primera, porque dicha acción es decorto término; y la segunda, porque es una acción especial, la rescisoria que se funda en los vicios que no generan nulidad absoluta de los actos jurídicos, a lo que se agrega que es tan
especial, que la falta de su ejercicio no solamente produce la extinción de ella, sino, lo que es más, sanea la nulidad y convalida el acto viciado, según expresamente lo declara el arto 1743, introduciendo así una especie sui generis en el cuadro de las prescripciones. Pero precisamente los ,arts. 1750

y 1751 prevén una de esas excepciones a que se refiere el art. 2545, al consagrar la suspensión de la prescripción de la acción rescisoria respecto de los incapaces: "Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuatrienio desde el día en que haya cesado esa incapacidad". De manera que es claro, según este texto, que tratándose de los agentes o partes en el acto viciado, si estos son menores de edad, dementes, sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito o interdictos por disipación al tiempo de la celebracion del dicho acto, la prescripción cuatrienal se suspende respecto de ellos hasta la cesación de su incapacidad.
Pero, ya respecto de los herederos de los agentes o partes, quienes también están legitimados por el art. 1743 para alegar la nulidad relativa de los actos o de sus causantes, el art. 1751 limita la suspensión de la prescripción que, se repite, es excepcional, a los menores de edad, o sea que excluye de dicha suspensión a los otros herederos incapaces, o sean, los dementes, los sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito y los disipadores en interdicción. Tal es la solución a que debe llegarse, porque si la mencionada suspensión es una excepción a la regla general del art. 2545, conforme a los dictados de la hermenéutica legal es de interpretación y aplicación estrictísima (exceptiones strictissimae interpretationis sunt)44.

542. LA RATIFICACIÓN DEL ACTO RESLATIVAMENTE NULO. Por el momento nos limitamos a recordar que el art. 1743 enuncia, alIado del lapso de tiempo o prescripción, la ratificación de las partes como medio de sanear la nulidad relativa. Según lo veremos, esta ratificación implica una renuncia de la acción de nulidad, que, sin identificarse con la prescripción de dicha acción, sí produce el mismo efecto que esta: la convalidación del acto viciado.

Ahora bien, como la ratificación estaba reservada exclusivamente a la nulidad relativa, pero la ley 50 de 19361a hizo extensiva a la nulidad absoluta, salvo en los casos de objeto o causa ilícitos, el régimen¡legal de dicha ratificación se hizo aplicable a ambas especies de nulidades,! y así debe ser tratado separadamente, como adelante lo haremos.

III. La declaración de la nulidad y sus efectos

543. LA NECESIDAD DE L'\ DECLARACIÓN. En la filosofía del derecho privado, la nulidad es una sanción civil. Es la condenación a la ineficacia que la ley fulmina contra los actos o negocios jurídicos que, existiendo como tales por reunir los elementos esenciales de esta figura eficaz en el campo de la autOnomía de la voluntad privada, carecen de los requisitos para su valor. Son estos los prescritos, bien sea con miras a la preservación del orden social (objeto y causa lícitos); bien sea a que la solemnidad, de que excepcionalmente se reviste a ciertos actos, responda a la necesidad de garantizar la autenticidad, la claridad y la precisión de la voluntad que se expresa o declara (plenitud de la forma solemne); bien sea a que no falte la aptitud sico-física y la experiencia necesarias para que los agentes intervengan hábilmente en el comercio jurídico (capacidad legal); bien sea a evitar los vicios que, como el error, la fuerza y el dolo, adulteren el proceso intelectivo-volitivo que es la sustancia del aCtO jurídico (sanidad de la voluntad); y en fin, a evitar, a lo menos en ciertos actOS, que una lesión altere gravemente la justa economía del acto O negocio.
Así concebida la nulidad de los actos jurídicos como una sanción civil, la ubicación lógica de ella se encuentra en la

conclusión del silogismo que, a manera de símil, explica el funcionamiento de las normas jurídicas. La ley, por ejemplo, condena a la ineficacia todo acto jurídico que vulnere el orden público. Esta es la premisa mayor; es un imperativo hipotético que, para su actualización, presupone la realización del acto condenable. Esta realización constituye la premisa menor del silogismo lógicojurídico. La conclusión de él es la condenación legal de este acto a la nulidad, a la destrucción de su eficacia civil.

De otro lado, la nulidad, considerada como una sanción; se relaciona con otros aspectos fundamentales en la filosofía del derecho: el de la coercibilidad y el de la coerción de las normas jurídicas.
La coercibilidad es el atributo específico del derecho positivo. Consiste en la posibilidad de imponer el imperio de sus normas mediante el empleo de la fuerza. Los individuos no siempre son dados a cumplir voluntáriamente los dictados de la ley; pero, como estos dictados se enderezan al aseguramiento del orden social, a la realización de la justicia entre los hombres, que "conservada, conserva la sociedad y que corrompida la corrompe", la autoridad social debe contar con medios para vencer la renuencia de los súbditos de la ley.
La coerción es ya el empleo efectivo de esa fuerza pública autorizada por la coercibilidad. Es la actuación concreta y práctica de esa posibilidad que hasta entonces es un atributo latente de las normas jurídicas.

Ahora bien, la historia inveterada nos da cuenta de que toda sociedad en trance de organización jurídica prontamente reserva el ejercicio de la coerción a la autoridad social, y que se repudia el uso de la fuerza por los particulares para hacer valer sus derechos. En todo caso, en el derecho occidental,

desde sus albores, es un axioma inconcuso que las controversias entre los particulares con motivo de la aplicación de las leyes deben ser dirimidas por el órgano jurisdiccional del Estado, identifíquese este con otros órganos suyos o sea independiente de ellos. De aquí el aforismo inmemorial, ségún el cual "nadie puede hacerse justicia por su propia mano".

Aplicando estas reglas de la filosofía del derecho a nuestro tema de las nulidades de los aclos jurídicos, debe concluirse que dichas nulidades, cuyo establecimiento es una manifestación de la coercibilidad de las normas jurídicas, siempre tienen que ser declaradas y aplicadascoactivamente-por el órgano jurisdiccional competente del Estado.

La concepción medioeval de las nulidades de pleno derecho, que obran sin necesidad de su declaración judicial, y que tanta brega ha dado a la doctrina posterior, ignora los principios filosóficos a que nos hemos referido, y hasta ha propiciado soluciones tan injurídicas como la de los Códigos civiles alemán, suizo y polaco, que autorizan a las partes en un acto nulo para desconocer por sí y ante sí la eficacia de dicho acto mediante una "declaración de nulidad" dirigida a sus contrapartes.

Por el contrario, el autor de nuestro Código, ciñéndose a los mencionados postulados filosóficos, en los ya comentados arts. 1742 (subrogado por el2Q de la ley 50 de 1936) y 1743, impuso la ineludible declaración judicial de cualesquiera de las nulidades de los actos jurídicos, bien sea que esta declaración pueda hacerse de oficio respecto de las nulidades absolutas, o bien, en todo caso, a solicitud de parte legitimada para impetrarla.

Además, al subordinar la efectividad dirimente de las nulidades a su declaración judicial, nuestro Código dejó en claro otra cuestión de la mayor importancia: l,a sanción legal permanece en estado de latencia hasta que sea aplicada por el jü.ez y, entre tanto, el acto así sancionado legalmente se presume válido y como tal produce sus efectos, pudiendo ocurrir que, si no es llevado oportunamente a los estrados judiciales, donde se discuta su validez o invalidez, tales efectos se produzcan hasta su consumación49.

Por esto se ha dicho que, a diferencia del acto manifiestamente inexistente, que es ineficaz in limine, el acto nulo tiene siempre,a lo menos, una eficacia traI?-sitoria hasta que esta sea aniquilada por un fallo judicial.

Siendd esto así en nuestro Código Civil, según'habremos de puntualizarlo seguidarriente al estudiar los efectos de la declaración judicial de nulidad, es evidente que la sentencia respectiva no es meramente.declarativa, sino constituliva. No se limita ella a decir que se han cumplido los presupuestoS legales para que el acto se tenga como nulo, sino que destruye el acto y SU eficacia para el futuro y para el pasado hasta el tiempo de su celebración. Queda así acertadamente clausurado el debate doctrinario al respecto, En fin, importa tener en cuenta que los efectos de la declaración de nulidad son siempre los mismos, o sea que no varían, según que la nulidad sea absoluta o relativa.

544. Los EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. Dentro de la concepción doctrinaria, acogida por varias legislaciones, que establece un tratamiento dicotómico para las nulidades de los actos jurídicos, según que estas operen de

pleno derecho o que requieran un pronunciamiento judicial de anulación o

rescisión del acto viciado, la problemática de los efectos de la nulidad también varía.

Como las nulidades de pleno derecho descartan in limine toda eficacia al acto afectado por ellas, la cuestión se reduce a resolver si, habiendo las partes realizado de Jacto prestaciones estipuladas en el acto, por ejemplo, si el vendedor ha hecho tradición o entrega de la cosa vendida y el comprador ha pagado el precio, dichas partes tienen derecho a ser restituidas al estado que tUvieran al tiempo de la celebración del acto, mediaq.te el eJercicio-de acCiones directas, tales como la de pago de lo no debido o la reivindicatoria,' según el caso, y si tal efecto repercute o no respecto de los causahabientes de ellas.

Pero, respecto de las nulidades que, según la concepción que se comenta, requieren un pronunciamiento judicial, la susodicha problemática sustancial se complica con la introducción de un nuevo factor de índole también sustancial, cual es el de la eficacia de los fallos judiciales.

Paralelo al postulado de la relatividad de los actos jurídicos, que se enuncia diciendo que estos no perjudican ni aprovechan a los terceros (res in ter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest), existe el postulado de la relatividad de los fallos judiciales, conforme al cual estos tampoco aprovechan ni perjudican al que tiene o han sido partes en el proceso que con ellos
culmina .

Entonces, como nuestro ordenamiento positivo rechazó las nulidades de pleno derecho y, en su lugar, impuso la necesidad de)a declaración judicial de ellas, cualquiera que sea su causa, para determinar los efectos de dicha declaración hay que tener siempre presentes el juegb y'la coordinación de los dos postulados que se han mencionado, y sin perder de vista las diferencias que existen entre los conceptos de partes y de

terceros en los actos jurídicos, y los conceptos de partes y de terceros en los procesos en que se ventile la validez o invalidez de tales actos.

545. Los EFECTOS DE LA DECLARACIÓN RESPECTO DE LAS PARTES EN ELACfO ANULADO. Entendiendo por partes a las que lo fueron en el acto que se anula, concepto este que, según lo sabemos, comprende a quienes directamente o por procuración intervinieron en la celebración de dicho acto, a sus herede
ros o causahabientes a título universal y, en ciertas condiciones, a sus causa habientes a título singular, los efectos de la declaración de nulidad respecto de dichas partes en el acto son, a saber:

1) La declaración le pone fin para el futuro (ex nunc) a esa eficacia
provisoria que pudo tener el acto en el interregno entre su celebración y su anulación. Tal es lo significado por el art. 1625, según el cual "las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:... 8°) por la declaración de nulidad o por la rescisión". De manera que si una de las partes pretende exigirle a la otra el cumplimiento del acto anulado, esta, que hasta entonces podía
oponer la excepción de nulidad, cuenta ya con otra excepción de mayor peso e indiscutible, la de cosa juzgada, en cuanto se den los requisitos y condiciones de esta figura.
2) La declaración de nulidad también tiene entre las partes un efecto retroactivo, en cuanto da lugar a la destrucción de los efectos del acto producidos en esa etapa anterior a su anulaciónjudicial. Tal es lo preceptuado por el inciso primero del art. 1746, a cuyo tenor, "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho

para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita". Por tanto, si celebrado, por ejemplo, un contrato de compraventa, el vendedor hubiese hecho tradición o entrega de la cosa vendida y el comprador hubiese pagado el precio, al sobrevenir la declaración de nulidad de di
cho contrato ambas partes tienen derecho para repetir lo así dado o pagado.

No obstante, el propio texto legal introduce una excepción al respecto, en armonía con el arto 1525 que establece, que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".
Otra excepción al principio de la retroactividad de la declaración judicial de nulidad es la prevista por el arto 1747, en los siguientes términos: "Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz". Y el prbpio
texto seguidamente aclara: "Se entenderá haberse hecho esta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubierensido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas".
Esta segunda excepción se suele explicar como una medida adicional de protección legal a los incapaces, con la salvedad de que tampoco se cohonesta respecto de ellos un enriquecimiento injusto que se realizaría, según lo explica el texto, cuando el incapaz, en vez de dilapidar lo recibido del otro

contratante, lo ha invertido en cosas que le hubieren sido necesarias o
quisiere retener las innecesarias que aún subsistieren"2. En nuestro sentir, como esta excepción se funda en la omisión de las formalidades que la ley "Véanse casaciones del20 de setiembre de1938, "C.J.", l. XLVIII, pág. 227, Y dellQ de diciembre de 1938, "C. J.", l. XLVIII, pág. 453.

exige para los contratos celebrados con los incapaces, más que de una protección adicionaLa estos, se 'trata de una sanción a quienes con ellos contratan
y no pueden ignorar la obligatoriedad de tales formalidades. Solo que dicha
sanción apenas va hasta la pérdida de lo que superfluamente hubiere gastado el incapaz, pero no hasta propiciar un enriquecimiento injusto de 'este.
3) Las restituciones mutuas a que da lugar el efecto retroactivo de la declaración de nulidad no se limitan a la mera devolución de lo recibido en
ejecución del acto anulado, sino que en dichas restituciones se cOITlprenden también otros items adicionales que, con fundamento en la equidad, establece la ley que deben ser pagados por los obligados a restituir. Conforme al inciso segundo del arto 1746, "En las res*uciones mutuas qu~J:ayan de hacerse los contr'atantes' en virbid de este pronunciamiento, será cada cúal
responsable de la pérdida de las espedes o 'de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo".

a) Así, cada una de las partes responsable de la pérdida culposa de las especies que haya recibido; no, así de la causa por caso fortuito. La pérdida fortuita de la especie que se debe extingue la obligación, aquí la de restituir especies al solvens. Por el contrario, si la pérdida es imputable a la culpa del deudor, la obligación súbsisté pero varía distinto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor (arts.1729 a 1739)53. Igualmente, si el obligado a restituir es poseedor, responde de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. Pero, si es un poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros, sino en cuanto.se hubiere aprovechado de ellos (art. 963). Está responsabilidad a cargo del obligado a restituir comprende también la obligación que tiene el comprador de purgar los gravámenes y demás derecljos
reales constituidos sobre la cosa comprada, en el caso de que el contrato sea rescindido por lesión enorme (art. 1953). .
b) El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibido s, sino los que el dueño (aquí el acreedor con derecho a la restitución) hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad. El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibido s antes de la contestación de la demanda (art. 964).
c) Todo poseedor vencido, siempre tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias para la conservación de la cosa (art. 965). Pero solamente el poseedor de buena fe, vencido, tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda (art. 966).

Tales son, en líneas generales, las restituciones que determina la declaración de nulidad de un acto, conforme al arto 1746 Y

que se predican, en primer término, respecto de los contratantes, o sea, de las partes en el acto anulado.
Agrégase a lo dicho que, según jurisprudencia reiterada y constante de la Corte Suprema, las restituciones que deban hacerse los contratantes en razón de la declaración de nulidad del contrato se entienden incorporadas tácitamente en la petición de dicha declaración, o sea que no requieren súplica expresa, sino que el juez debe decretarlas de ofici054.
546. Los EFECTOS DE LA DECLARACIÓN RESPECTO DE LAS PARTES EN EL PROCESO. Según quedó dicho, la problemática sustancial de la declaración de nulidad no se reduce a los efectos de dicha declaración respecto de quienes fueron partes en el acto anulado, sino que tales efectos están condicionados por la calificación como partes en el proceso que culmina con dicha declaración.
A este otro tema se refiere parcialmente el art. 1749: "Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras".
Decimos que la proposición trascrita es parcial, porque también es cierto que la nulidad declarada en contra de uno de los varios contratantes tampoco perjudica a los otros. Trátase aquí del postulado de la relatividad de los fallos judiciales: estos no áprovechan ni per
judican a quienes no han sido partes en el proceso (res inter alios judicata).
Por consiguiente, de conformidad con este postulado, que también es sustancial, y con el citado art. 1749, podría ocurrir que los efectos de la declaración de nulidad de un acto relacionados anteriormente, no se prudujesen respecto de todos los que han sido partes en dicho acto, porque alguno o algunos de ellos no intervinieron en el proceso y, por tanto, no son partes si.no terceros frente al fallo respectivo. Se ha celebrado un contrato entre Pedro,

Juan y Diego. Pedro demanda aJuan para que se declare la nulidad del contrat9, pero se abstiene de demandar a Diego, y el proceso termina con un falle¡ estimatorio de la demanda. Entonces, entre Pedro y Juan se producen todos los efectos de la declaración de nulidad: respecto de ellos se extingue la eficacia futura del acto y hay lugar entre ellos a las restituciones mutuas de lo anter}ormente dado o pagado. Pero el fallo no aprovecha ni perjudica a Diego. El no puede fundarse en dicho fallo para exigir restituciones a Pedro y aJuan, y estos tampoco pueden exigírselas a Diego. Para ello se requeriría un nuevo proceso en que Pedro y Juan demandasen la declaración de nulidad del acto frente a Diego, o en que este la demandase frente a aquellos.

En el mismo orden de ideas, si Pedro o Juan, o ambos, demandasen a Diego para el cumplimiento de las prestaciones contractuales a su cargo o, a la inversa, si este demandase a aquellos con el mismo objeto, el demandado o demandados tendrían que proponer la excepción de nulidad con prescindencia del fallo estimatorio ya proferido en otro proceso, que es diferente
de este proceso en que la litis-contestación se ha trabado entre personas distintas de las que participaron en el primero.

Pero, semejantes situaciones pugnan abiertamente con los dictados del derecho civil, con el postulado de la cosa juzgada y con la economía procesal. Repugna al derecho sustancial la existencia de un contrato ya anulado respecto de algunas de las partes, pero que continúa siendo válido y eficaz respecto de otra u otras de dichas partes. El postulado de la cosa juzgada, conforme al cual las sentencias firmes se tienen por verdaderas (res judicata pro veritate tenetur), se resiente ante la posibilidad de que el debate judicial se reabra por la misma causa y, lo que es más grave, que este nuevo debate culmine con un fallo contrario al primero. En fin, aun descartando este

peligro, la economía procesal condena la necesidad de dos o más procesos diferentes para dirimir una misma situación jurídica.
Por tales razones, el derecho procesal ha tenido que ocurrir a una serie de medios que, si no hacen imposible la estricta aplicación del arto 1749, inspirado en el postulado de la relatividad de los fallos judiciales que declaren la nulidad de los actos jurídicos entre quienes han sido partes en estos, a lo menos la alejan hasta los límites de la improbabilidad.
Tales medios se fundan en la institución procesal deL.[i!is-consorcio necesario, que ~oI?siste en exigir la comparecencia en el proceso'-cie todas las' personas que sean sujetos de relaciones o actos jurídicos 'que, por su nitura=
leza o por di,sposición de la ley, no puedan recibir un fallo de mérito sin dIcha'
comparecencia. Este es precisamente el caso de los procesos en que se ventila la nulidad de un acto o contrato, cuestión esta que, por su naturaleza, requiere la citación de todas las personas que hayan intervenido en° dicho acto o contrato o seTeputen partes en él. Entonces, con el propósito de evitar los fallos inhibitorios, o sea qlie los juéces se declaren impe-didos para pronunciarse. de mé~ito en el contradictorio sub lite, el Código de Procedimiento Civil preceptúaIas siguientes niedidas:
1) En la demanda en que se ejerce la acción de nulidad de un acto
jurídico, el actor o actores deben pedir la 'citación de todas las personas que intervinieron como partes en la celebración de dicho ácto (C. de P; Cl, art. 83). Así, en nuestro ejemplo, el Pedido pretende la nulidad del contrato celebrado con juan y Diego, debe dirigir su acción contra ambos y no solamente contra Juan.

2) Si Pedro demanda solamente aJuan, o sea que excluye a Diego, esta omisión, comprobada por' el juez, no da motivo para el rechazo de la demanda, sino para oqueeste, al acimitirla, integre de oficio el litis consorcio necesario (art. 83 cit.).

3) Si el juez omitiere hacer lo últimamente dicho, el demandado o
demandados pueden proponer la excepción previa correspondie~te (ait. 97, 9), Y el juez, al decidir el incidente, deberá ordenar los traslados de la demanda a quienes falten para integrar el contradictorio (art. 99, 10)."
4) Aun en el caso de que no se hubiere tomado ninguna de las precitadas medidas para integrar el contradictorio, el juez puede y debe ordenar de oficio o a solicitud de parte la citación de los litis consortes necesarios preteridos, antes de dictar la sentencia de primera instancia, y con el fin de evitar que este sentencia tenga que ser inhibitoria y no de mérito, medida esta que suspende el proceso mientras se cumplen los trámites pertinentes (art. 83).
5) En el supuesto de que el juez a qua dicte sentencia de mérito, declarando la nulidad del acto sub lite sin la prc:via integraci?n del contradictorio en la forma dicha, el superior que conozca del proceso en virtud de apelación o consulta puede revocar esa sentencia de primera instancia. Por lo que no puede este superior es ordenar la integración del contradictorio, mediante
la citación de los litis consortes necesarios que fueron excluidos'eriláCIemanda, porque la oportunidad para hacerlo ya está precluida desde el momento en que se dictó la sentencia de primera instancia (art. 83). Esto condúce que el fallo de

segundo grado que remplace al revocado siempre tendrá que ser
inhibitorio y no de mérito, lo que deja abierta la puerta a un nuevo proceso, en el cual se ventile en debida forma la nulidad o la validez del acto impugnado (art. 333,4).

Vese por tanto, cuán remota es la probabilidad de que la declaración de nulidad de un acto o contrato en que hayan participado más de dos personas dé lugar a la aplicación del principio de la relatividad de los fallos judiciales, por haberse pronunciado tal declaración en un proceso en que se haya de
jado de citar a alguna o algunas de tales personas, que es la hipótesis prevista por el art. 1749 del Código Civil. Para que esto ocurriera habría que suponer que el juez a qua, sin integrar el contradictorio, de oficio o a instancia de parte, dictase fallo de mérito que quedase en firme, y que el superior, al conocer en segunda instancia, confirmase dicho fallo y que esta sentencia de segundo grado, a su vez, quedase en firme.

En fin, importa advertir en este punto que las precitadas directrices procesales son aplicables en los casos en que se ventile acción de nulidad incoada en el libelo de la demanda principal o en el de la contrademanda, pero no en los que se trate de decidir sobre la excepción de nulidad propuesta por los res
pectivos demandados, porque entonces la decisión estimatoria de ella se limita a enervar las pretensiones del actor o actores fundadas en la validez del acto así impugnado, sin afectar a quienes no son partes en la relación jurídico-procesal (c. de P. C., art. 306).

547. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN RESPECTO DE LOS TERCEROS. Preceptúa el art. 1748 del Código

Civil: "La nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra los terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales" (subrayamos).

Como es claro, la expresión terceros poseedores e~p~eada por el texto trascrito se refiere a quienes, por un acto o contrato dIstmto del anulado y posterior a este, han adquirido la posesión de una cosa que, de no haber sido enajenada por quien la recibió en razón de dicho acto o contrato anulado, sería objeto de la obligación de restituírsela a quien se la dio por el mismo contrato.
Entonces, si estos terceros poseedores derivan su posesión de un título distinto del acto o contrato anulado, ellos no son litis consortes necesarios en la relación jurídico-procesal en que se ventile la acción de nulidad de este otro acto anteriormente celebrado por su causante, próximo o remoto, obligado a la restitución, porque esta acción es personal y, por ello, solamente puede ser ejercida contra quienes fueron partes en dicho acto impugnado.

Pero lo dicho no significa que quien ejerza la acción personal de nulidad no pueda acumular a esta la acción real autorizada contra los terceros poseedores, sino que tenga que esperarse a que la primera prospere, para luego incoar la segunda en un proceso distinto. Esto sería contrario a la economía procesal y, por ello, la ley permite la acumulación de tales acciones en razón de la dependencia de la acción reivindicatoria respecto del éxito que logre la de nulidad (C. de P. c., art. 82).

Por la misma razón, la ley autoriza la intervención adhesiva de los terceros poseedores en el proceso en que se ventile la nulidad del acto celebrado por su causante próximo o remoto, ya que la sentencia que se dicte puede afectar desfavorable-

mente la relación sustancial existente entre aquellos y este (ibídem, art. 52).

La acción reivindicatoria que tiene el actor triunfante en el proceso de nulidad contra los mencionados terceros poseedores se suele explicar por cuanto la declaración de nulidad destruye retroactivamente (ex tunc) el acto impugnado, o sea, el título mismo del causante de aquellos. De esta suerte, quien dio la cosa en ejecución del acto anulado se reputa no haber dejado
¡ de ser su dueño, y como quien la recibió no adquirió el dominio sobre ella, tampoco pudo traspasarle este derecho real a otro en razón de un acto posterior, por aquello de que nadie puede trasferir más derecho del que tiene (nemo Plus juris transferre potest quam iPse habet). Con otras palabras: quien dio la cosa en razón del acto anulado recupera el dominio sobre la cosa, y, por
ello, está legitimado para reivindicada, y los causahabientes de quien ~sI la recibió son meros poseedores de dicha cosa y, como tales, son los SUjetoS pasivos de esa acción real 57.

y lo últimamente dicho respecto del dominio se proclama igualmente respecto de la constitución de otros derechos reales, como la constitución de hipotecas, usufructos, servidumbres, ete., por quien recibió la cosa con ocasión del acto anulado, o sus sucesores5R.

En fin, las prestaciones mutuas a que da lugar la sentencia estimatoria de la acción reivindicatoria, en punto de la pérdida o deterioro de la cosa, de la restitución de los frutos, de! pago de las expensas, etc., se rigen por las reglas generales de que trata el arto 1746 al referirse a las restituciones entre las partes en e! acto anulado y de las cuales ya hemos tratado, por lo cual nos remitimos a lo antes dich059.

Sin embargo, las precitadas determinaciones legales en punto de los efectos de la declaración de nulidad respecto de los

terceros subadquirentes de la cosa que fue objeto del acto anulado, son censurables y constituyen una incongruencia del Código Civil, en cuanto pugnan con la equidad y discrepan del régimen de la resolución de los actos jurídicos.
La explicación que se le suele dar a la reivindicación y a la extinción de los derechos reales constituidos por una de las partes en e! contrato anulado es una aplicación de la antigua máxima, según la cual resuelto el derecho de! que da se resuelve e! derecho del que recibe (resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis) que, aplicada con todo su rigor lógico, sacrifica a los subadquirentes,
sin tener en cuenta su buena fe, por lo cual ha sido abandonada por el derecho moderno y aun por nuestro Código Civil en su tratado de la resolución de los contratos, figura esta para la cual fue precisamente formulada esa máxima.
En efecto, dicho Código, al regular los efectos de la resolución, atiende a la solución moderna y equitativa al respecto que mira a la protección de los terceros subadquirentes de buena fe, entendiendo por tales a quienes han adflui'rido sus derechos ignorando y no pudiendo conocer la causal de res 0lu4iól(- del título de su causante (arts. 1547 y 1548)1iO.
! De la propia manera, el tercero subadquirente de la cosa que fue materia de un acto viciado de nulidad puede ignorar la causal de dicha nulidad, que es lo que suele ocurrir en la mayoría de los casos, como cuando dicho vicio proviene de la incapacidad legal de uno de los agentes, o del error, el dolo o la violencia de que este ha sido víctima, o de una lesión enorme configurada en e! momento de celebrarse e! contrato. En tales casos la aplicación indiscriminada de la máxima resoluto jure dantis sacrifica la buena fe del tercero subadquirente contra los dictados de la equidad. Desgraciadamente, la solución injusta del arto 1748 y su apuntada incongruencia no se pueden corregir doctrinariamente. Es esta una cuestión

dejuTe condito ante la cual e! intérprete debe inclinarse por aplicación de esa otra máxima de sabor no menos estoico que el de aquella en que se inspira la determinación positiva: dura lex sed lex.

548. LAs EXCEPCIONES LEGALES A LA REIVINDICACIÓN CONTRA TERCEROS POSEEDORES. El arto 1748, ya trascrito y que asigna a la declaración de nulidad de un acto e! efecto de autorizar la acción reivindicatoria contra terceros poseedores, deja a salvo las excepciones legales en que dicha acción es improcedente. Tales excepciones son las siguientes:

1) Si el tercero poseedor ha adquirido por usucapión el dominio u otro derecho real susceptible de ser adquirido por dicho modo, es claro que no puede ser demandado en acción reivindicatoria, porque ya ha dejado de ser un simple poseedor para convertirse en titular del derecho usucapido.

2) En punto de las donaciones, e! Código Civil establece varios casos de nulidad de dicho contrato, y el arto 1489, refiriéndose a tales casos, entre otros, expresamente excluye la acción contra terceros poseedores, o para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas.

3) Si una sociedad viciada de nulidad le ha enajenado a un tercero de buena fe un bien aportado por uno de los socios o ha constituido en su favor y sobre dicho bien derechos reales, tal acto es oponible al socio aportante, quien, por ello, no puede reivindicar e! bien aportado ni pedir la cancelación de los derechos reales constituidos sobre él (C. C., arto 2084, y C. de Co., arto 502)'il; y

4) En el caso de rescisión de la venta por lesión enorme, el comprador obligado a restimir la cosa deberá antes purgarla de los gravámenes y derechos reales constituidos sobre ella (art. 1953). Al establecerse esta obligación personal a cargo

del comprador, como parte en el contrato rescindido, se suprime la acción real contra los terceros adquirentes de tales derechos.

Algunos comentaristas del Código suelen citar, alIado de las excepciones antes relacionadas, otros casos en que se excluye la acción reivindicatoria, pero que nada tienen que ver con la nulidad de los actos jurídicos, como los siguientes:

a) En el caso de muerte presuntiva, la rescisión del decreto de posesión definitiva (hoy de la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación) (C. de P. c., arto 657, 6), da derecho a los beneficiarios de tal rescisión para recobrar los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales constituidos válidamente en ellos (c. C., arto 108)(;3.

Esta excepción está fuera de lugar, porque aquí se trata exclusivamente de los efectos de la nulidad de los actos jurídicos, o sea, de las manifestaciones de voluntad jurídicamente operantes, y no de relacionar los casos en que la reivindicación es improcedente. El caso anotado se refiere a la rescisión de una providencia judicial que no es un acto jurídico en el sentido civil mencionado.

b) En caso de indignidad para la herencia judicialmente declarada, si el heredero indigno ha enajenado bienes de la herencia, los verdaderos herederos no tienen acción contra los terceros poseedores de buena fe (art. 1033).

Aquí tampoco tiene nada que ver la declaración de indignidad de un heredero con la declaración de nulidad de un acto jurídico.

IV. La ratificación de los actos jurídicos nulos

549. REFERENCIAS. Al tratar del saneamiento de las nulidades relativas anunciamos que posponíamos el examen de la ratificación de los actos nulos, por cuanto la ley 50 de 1936,

en su art. 22, hizo extensivo a las nulidades absolutas no provenientes de objeto o causa ilícitos este remedio que hasta entonces estaba reservado a dichas nulidades relativas.

550. TERMINOLOGÍA. Se ha discutido si la voz ratificación empleada por la leyes o no apropiada para denotar el fenómeno de que se trata y que, en el fondo, consiste en una renuncia al derecho de alegar la nulidad del acto vicioso, y no en la prestación a posteriori del consentimiento en un acto válido por la persona que no estuvo debidamente representada en la celebración
del acto.

En nuestro sentir, esta es una discusión académica y hasta tocadJ de bizantinismo, porque es una regla inmemorial de hermenéutica la de que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal" (C. C., art. 28).

Pues bien, la voz ratificar(del latín ratus, confirmado, facere, hacer), en su sentido natural y lingüístico, significa "aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos. Y si nuestro legislador la define de modo anfibológico para designar el saneamiento de las nulidades y la confirmación o consolidación de los actos nulos legalmente, o la aprobación a posteriori de los actos celebrados sin la representación de quienes pudiesen reputarse como partes, toda la cuestión se reduce a darle en cada caso a dicha expresión su significado legal.

Tal es lo que ocurre también con otras expresiones legales susceptibles de variada interpretación, por ejemplo, con la vozrescindir(del latín res, cosa, i y scindere, rasgar) y que etimológicamentesignifica "dejar sin efecto, un con

trato, obligación, ete."!ili, pero que la ley emplea indistintamente para deno- I
tar que un acto se rasga y queda sin efecto por la declaración de su nulidad, o por la revocación, o por la resolución, o por cualquiera otra causa legal que determine la disolución del vínculo jurídico.
En todo caso -y esto es lo que importa a nuestro tema actual- la expresión legal ratificar significa el saneamiento voluntario de una nulidad y la confirmación del acto viciado por ella, lo que también excluye la posterior rescisión, rasgadura o anulación judicial de dicho acto.
551. QUIÉNES PUEDEN RATIFICAR UN ACTO NULO. A este propósito hay que distinguir si la nulidad de que adolece el acto es relativa o es absoluta, porque al extender la ley a esta última dicho medio de saneamiento ha dado lugar a interrogantes cuya respuesta corresponderá suministrar a la doctrina.
552. a) DE LA NULIDAD RELATIVA. En consonancia con el régimen de la nulidad relativa, en lo tocante a que esta solamente puede ser alegada por las personas en cuyo favor se ha establecido, o por sus herederos o cesionarios (art. 1743)67, dispuso el Código Civil que la ratificación no será válida si no emana de la parte o partes que tienen derecho a alegar la nulidad (art. 1755).
Con fundamento en este precepto legal, la doctrina ha podido concluir sin vacilaciones que la ratificación de los actos relativamente nulos puede hacerse por los titulares de la acción de nulidad, sin necesidad de contar con el consentimiento de las otras partes en dichos actos1iS. Con otras palabras: interpretándose la ratificación como una renuncia al derecho de alegada nulidad, es claro que tal renuncia debe hacerse por el titular de dicho per,e<::ho, y que el concurso para el efecto de las otras partes en el acto no solamente es

innecesario, sino superfluo, porque para ellas el acto es válido y eficaz mientras aquel no obtenga la declaración de su invalidez.

553. b) DE LA NULIDAD ABSOLUTA. Al autorizar la ley 50 de 1936 la ratificación de los actos viciados de nulidad absoluta, con excepción de los que tuvieren un objeto o una causa ilícitos, extendió este medio de saneamiento de la nulidad a los casos de incapacidad absoluta de los agentes y a los de inobservancia de la plenitud de la forma solemne. Pero dicha ley, entre sus varios defectos, incurrió en el de no haber reglamentado la eficacia de la ratificación en consonancia con el régimen de la nulidad absoluta, el cual difiere sensiblemente del de la nulidad relativa. Así, en relación con el terna que nos ocupa, o sea, el de quienes pueden ratificar el acto, la mencionada ley guardó silencio, dejando en el aire una incógnita sobre cuestión tan importante.

En efecto, si, según quedó dicho, para la validez de la ratificación del acto relativamente nulo basta que dicha ratificación se haga por la parte en cuyo beneficio se ha establecido la nulidad o por sus causahabientes, quienes son las únicas personas legitimadas para invocada, tratándose de la nulidad absoluta que puede ser declarada de oficio por el juez y puede ser alegada por el ministerio público y por cualquier interesado o sus causahabientes, surge el problema de determinar quiénes pueden o deben intervenir en la ratificación del acto viciado cuando esta es procedente.

Necio sería pensar que esta cuestión se resuelve con la aplicación del mismo criterio empleado por el art. 1755 para la ratificación de los actos relativamente nulos, o sea, que para la validez de dicha ratificación fuese indispensable que esta

emanase de todas las personas que tienen derecho de alegar ia nulidad absoluta, esto es, el ministerio público y todo el que tenga
interés en ello. Esta interpretación haría del todo imposible y, por ende, nugatoria la autorización legal, contrariando así la regla general de hermenéutica, conforme a la cual las normas jurídicas, generales o particulares, deben ser entendidas en forma que puedan producir efecto, y no del modo en que no puedan producir ninguno (C. C., art. 1620). Sin embargo, dicho art. 1755 sí ofrece un criterio razonable, por cuanto preceptúa que la ratificación debe emanar de la parte o partes que tienen derecho a alegar la nulidad, porque, aplicando este criterio, se puede llegar a la conclusión de que el acto absolutamente nulo por causa de la incapacidad absoluta de alguno o algunos'de los agentes puede ser ratificado por estos o por sus causahabientes, y que el acto absolutamente nulo, pero por causa de la inobservancia de la fonnia solemne prescrita en consideración a la naturaleza del acto y no
al estado o condición de los agentes, también puede ser ratificado por todos los que fueron partes en él, o se reputan como tales partes.

En relación con la incapacidad absoluta, ya hemos expuesto nuestra opinión de que el Código incurrió en exageración al ubicar dicho vicio entre los causantes de la nulidad absoluta, a manera de una protección especial y adicional a los impúberes, dementes y sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito'j!). Cualquiera que sea la razón que se aduzca parajustificar un tratamiento diferencial de la incapacidad legal, según que esta sea
absoluta o relativa, ya en el terreno de L nulidad de los actos jurídicos en que participen personas incapaces, el fundamemo de esta nulidad siempre es el mismo: con ella no se trata de sancionar los desmanes de la yoluntad privada contra el

interés general de la sociedad, sino de suministrar un recurso a esas personas ineptas para intervenir hábilmente en el comercio jurídico, recurso mediante el cual ellas puedan evitar los efectos perjudiciales de sus actuaciones inmaduras. De ahí que, pese a que nuestro Código, al ubicar desacertadamente la incapacidad absoluta en el campo de la nulidad absoluta, hubiera abierto la puerta a todo interesado para alegar dicha nulidad, la doctrina y la jurisprudencia han concluido que esta no puede ser invocada en contra del incapaz que con ella se quiere proteger70.

Entonces, si quien ha contratado con un incapaz absoluto, sin el cumplimiento de las formalidades legales prescritas en consideración al estado o condición de este, no puede prevalerse de dicha incapacidad para impugnar el contrato en contra de aquel, o sea que, ya entre las partes, los únicos que pueden alegar la nulidad son esos incapaces protegidos con ella, que se impone para los efectos de la ratificación del acto nulo el precepto del art. 1755: para que esa ratificación sea válida debe emanar de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad, o sea, de quienes intervinieron en dicho acto en estado de incapacidad absoluta. Además, en este caso, al igual que en el de la nulidad relativa, la ratificación equivale a una renuncia de la acción de nulidad y que puede ser hecha por el titular de tal acción, sin necesidad de contar para ello con el consentimiento de sus contrapartes en el acto.

Pero ya en punto de la ratificación del acto nulo por inobservancia de la forma solemne prescrita en consideración a la naturaleza de él, la situación varía. Tal nulidad no se ha establecido en beneficio de una sola de las partes, sino en interés de todas ellas, de los terceros y de la seguridad del comercio. Esta consideración era suficiente para abonar la prohibición tradicional de ratificar el acto nulo, contrariada por nuestra ley 50 de 1936. Consecuencia de dicha prohibi-

ción era, no la de impedir que el acto formahnente defectuoso pudiera celebrarse de nuevo con el cumplimiento de los requisitos legales, sino la de que la eficacia provisoria que en el acto viciado ~ubiera alcanzado pudiera ser destruida en cualquier momento, oficiosamenfte por el juez o a instancia de quien comprobase un interés legítimo para ello. Por el contrario, la referida reforma legal, al autorizar el saneamiento de la nulidad absoluta por la ratificación del acto, conduce a que la eficacia provisoria que esta alcanzare, antes de la declaración judicial de dicha nulidad, se consolide y se haga inexpugnable retroactivamente (ex tunc).

De manera que para que la comentada autorización legal de sanear la nulidad absoluta mediante la ratificación del acto alcance el efecto que el legislador obviamente quiso asignarle, hay que concluir que si la nulidad proviene de la incapacidad absoluta de alguna o algunas de las partes, estas y solamente estas son las llamadas a ratificar; pero que si la nulidad proviene de la inobservancia de la plenitud de la forma solemne, la ratificación debe hacerse conjuntamente por todas las partes en el acto viciado. Tal es la interpretación que consulta el criterio del art. 1755 del Código Civil, que se refiere a "la parte o partes que pueden alegar la nulidad": los incapaces en su caso, y todas las partes, en el caso de que el acto por ratificar adolezca de nulidad por inobservancia de la plenitud de la forma solemne.

En fin, a propósito de la cuestión tocante a las personas que pueden ratificar un acto nulo, el art. 1756 declara que "no vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar". Significa esto que cualquiera que sea la causal de la nulidad susceptible de saneamiento por la ratificación del acto, como dicha ratificación es otro acto jurídico, debe también reunir todos los requisitos legales pertinentes, entre ellos la capacidad legal de los agentes. Pero no significa,

según se ha dicho, que si un incapaz ha participado en el acto vicioso, para que este pueda ser ratificado es necesario esperar a que dicho incapaz adquiera o recupere la libre administración de sus bienes. No. La ratificación es un acto jurídico como cualquiera otro en que puedan participar los incapaces, desde luego con la observancia de las formalidades legales tutelares, entre ellas la intervención directa o la autorización de los representantes legales de aquellos. Cumplidas estas formalidades legales, la ratificación es válida y eficaz.

554. CUÁNDO SE PUEDE RATIFICAR EL ACTO NULO. La respuesta es: dentro del término de la prescripción extintiva de la nulidad, o sea que tal remedio se puede emplear desde el momento mismo en que se haya celebrado el acto vicioso hasta la consumación de dicho término, teniendo en cuenta para su cómputo las suspensiones a que hubiere lugar en razón de la incapacidad de los titulares de la acción de nulidad7] . Vencido el referido término de la prescripción, la ratificación del acto es ineficaz, porque si dicho acto ya se ha consolidado por la renuncia que implica el no ejercicio oportuno del derecho a alegar la nulidad, es inocua una nueva renuncia de tal derecho medfan.
te la ratificación. I ,
I I

Pero es de advertir que el precitado término en el cual la ratificación sería operante podría quedar recortado en el supuesto de que un interesado en la declaración de la nulidad absoluta, sin ser parte en el acto, demandase judicialmente tal declaración, porque entonces la ratificación por quienes sí fueron partes en dicho acto y lo son también en el proceso respectivo constituiría un fraude inaceptable contra el legítimo interés del demandante. La ratificación producida en tales circunstancias constituiría un hecho producido inter mora litis que no podría ser tenido en cuenta por el juez, ni para decla-

rar la terminación anormal del proceso (C. de P. C., art. 342), ni para dictar sentencia inhibitoria por sustraccion de materia. Dicho de otro modo: la ratificación por las partes en el acto no enerva la acción instaurada por el tercero legitimado para alegar la nulidad.

555. CÓMO SE DEBE RATIFICAR EL ACTO NULO. El art. 1752 preceptúa: "La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita".

556. a) LA RATIFICACIÓN EXPRESA. Es un nuevo acto jurídico en que la parte o partes de quienes debe emanar dicha ratificación manifiestan o reiteran su voluntad de que el acto ratificado alcance la eficacia que habría logrado de no haber estado viciado.

Respecto de esta ratificación expresa, el art. 1753 dice: "Para que la ratificación expresa sea válida, deberá hacerse con las solemnidades legales a que por la ley está slueto el acto o contrato que se ratifica". Como es claro, este texto legal no contempla exclusivamente la hipótesis de que el acto por ratificar se hubiese celebrado sin la observancia de las solem-nidades legales prescritas, según mallo entendiera la Corte Suprema73, sino que es aplicable a cualquier acto solemne ratificable, por ejemplo, a un contrato de compra
venta de bienes inmuebles debidamente celebrado por escri-tura pública inobjetable, pero viciado por incapacidad de los agentes, o por vicio del consentimiento, o por lesión enorme. Aun para sanear estos vicios que no miran
a la naturaleza del acto, sino a la condición de los agentes, la ratificación expresa tiene que hacerse con las mismas solem-nidades del acto por ratificar, mediante otra escritura pública válida, en nuestro ejemplo.

Además, y aunque el texto legal que se comenta se refiere a las solemnidades legales, o sea, a las formalidades prescritas en consideración al acto o
contrato, también es claro, según se vio, que si la ratificación proviene de un incapaz, para la ratificación válida'también es indispensable la observancia de las formalidades tutelares de la incapacidad legal.

557. b)LA RATIFICACIÓN TÁCITA. Declara el art. 1754: "La ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada" (subrayamos). De suerte que la ratificación tácita no consiste en cualquier conducta pasiva del beneficiario de la acción de nulidad, por ejemplo, en la falta del ejercicio de dicha acción, porque este hecho versa sobre otro medio distinto del saneamiento del vicio, cual es el de su prescripción.

Pero, en este punto, también se ha suscitado otra discusión doctrinaria.

En opinión de algunos, bastaría que el titular de la acción de nulidad, una vez adquirida o readquirida la administración de sus bienes, cumpliere parcialmente las obligaciones a su cargo, como cuando el menor arrendatario de una cosa continuare, siendo mayor, pagando periódicamente el precio del contrato.

Nosotros nos apartamos de esta opinión, De ser ella valedera, quedaría totalmente descartado uno de los efectos más importantes de la declaración de la nulidad de los actos jurídicos, como es el de la restitución a las partes al estado en que se encontrarían si el acto nulo no se hubiera celebrado. En efecto, de admitirse semejante opinión, los pagos que de Jacto se hubieran hecho los partícipes en el acto legalmente nulo quedarían convalidados, porque tales pagos constituirían una ratificación tácita del acto.

Significa lo dicho que, en nuestro concepto, para que la ratificación tácita tenga la virtualidad de sanear el vicio del acto por ratificar, es necesario que el cumplimiento de la parte legitimada para alegar la nulidad sea válido y total, y, además, que no quede duda de que ese cumplimiento ha sido voluntario y determinado por la intención de confirmar el acto nulo?".

558. Los EFECTOS DE LA RATIFICACIÓN. 1) Según ya lo hemos visto, el Código insistentemente califica la ratificación como un medio de saneamiento de los actos viciosos, en los casos en que tal medio es procedente. De manera que dicha ratificación, en cuanto sea válida -y lo es cuando haya cumplido los requisitos generales y específicos prescritos para ella-, limpia o borra el vicio de que el acto ratificado adoleciera, el cual, con ello, queda confirmado o consolidado, como si siempre hubiera sido un acto sano y legalmente eficaz entre las partes.

2) El acto así confirmado o consolidado continúa para el futuro produciendo la plenitud de sus efectos, los que habrían quedado paralizados si, por el contrario, dicho acto hubiera sido declarado nulo.

3) La eficacia provisoria que el acto hubiera alcanzado desde su celebración irregular también se consolida retroactivamente por la ratificación, en forma tal que las partes ya tampoco pueden pretender las restituciones mutuas a que antes tuvieran derecho en razón de la declaración de la nulidad del acto ratificado?';.

4) Las enajenaciones a terceros poseedores hechas por las partes entre la celebración del acto y su ratificación también se consolidan, pues la acción reivindicatoria a que estaban expuestos esos poseedores tenía su fundamento ,en la destrucción del título de la parte en el acto declarado nulo; y

5) Respecto de los terceros interesados o terceros relativos, como los legitimarías o los acreedores de las partes, perjudicados por el acto ratificado, se opera el fenómeno de que dicho acto, que antes les era inoponible, por lo cual podían impugnarlo, si estaban legitimados para alegar su nulidad, se convierte en un acto que les es oponible por tal concepto, o sea, por el del saneamiento de la nulidad, sin perjuicio de que continúe siendo inoponible a ellos por otras causas diferentes, v. gr., por el fraude pauliano a los acreedores, por la lesión a las legítimas de ley, por la simulación fraudulenta, etc. De esta suerte, resulta que la ratificación por las partes, que es un acto jurídico, sí tiene repercusiones contra terceros, aunque sin quebrantar el principio de la relatividad de tales actos, pues la ratificación no llega hasta el punto de otorgarles derechos o de imponerles obligaciones a esos terceros, sino al de modificar su situación frente al principio de la oponibilidady a su excepción de la inoponibilidad de aquellos actos77.

CAPÍTULO IV

LA CONSERVACIÓN y LA CONVERSIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

559. LA CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS. El incremento sin precedentes iguales que ha logrado el postulado de la autonomía de la voluntad privada, gracias a la influencia ejercida por el pensamiento racionalista en la doctrina jurídica y que se ha reflejado en las codificaciones modernas, sobre todo en las del siglo XIX, como la francesa y las que en esta se han inspirado, no solo ha determinado la atribución a

los actos o negocios jurídicos, principalmente a los contratos, de un amplísimo campo en la regulación de la vida social, sino que, consecuentemente, ha conducido a que los legisladores procuren que ese señorío reconocido a la voluntad privada sea efectivo mientras no se pueda establecer judicialmente que en su ejercicio se ha in~urrido en extralimitación incompatible con los dictados del interés general. Con otras palabras: al erigir a la voluntad privada en "fuerza creadora" de efectos jurídicos, aun bajo la dependencia de la ley, lógicamente se ha procurado que esa voluntad se realice, que sea efectiva, presumiéndose de antemano y mientras no se demuestre lo contrario, que sus regulaciones cumplen la finalidad jurídica que ha determinado su reconocimiento.

Tal es el fundamento del principio de la conservación de los actos jurídicos que, en síntesis, consiste en preferir un tratamiento para tales actos que conduzca a que estos produzcan ~l máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia.

Dentro de este orden de ideas, ya hemos visto que nuestro ordenamiento positivo consagra aplicaciones interesantes del mencionado principio.
En punto de la interpretación de los actos jurídicos, el arto 1620 del Código Civil, le ordena al intérprete que en su labor investigativa de la real voluntad de los agentes, frente a una cláusula o estipulación que tomada en un sentido resulte ineficaz, pero que, en otro sentido, produzca algÚn efecto, debe preferir este Último 1. Y lo así dispuesto en relación con una cláusula o estipulación aislada, se puede afirmar de todo el acto, considerado en su conjunto. Si del texto del mismo se puede inferir, sin contrariar la voluntad de los agentes, que dicho acto es susceptible de producir algún efecto, aun con

prescindencia de alguna o algunas estipulaciones que legalmente resulten inadmisibles, el intérprete no puede descartar de plano la totalidad de la eficacia del acto, sino que tiene que reconocérsela en cuanto sea legalmente admisible2.

Para que un acto sea totalmente ineficaz, para que "no produzca efecto civil alguno" por carecer de los requisitos o elementos que le son esenciales y, por ello, esté condenado a la inexistencia, es indispensable que esa falta sea manifiesta, vale decir, ostensible, que "salte alojo", pues, de lo contrario, se configura un acto aparente, putativamente eficaz mientras no se establezca su inexistencia como acto jurídic03.

Si la falta de los requisitos esenciales no es la de aquellos que excluyen absolutamente la existencia de esa figura constitutiva del acto jurídico en
general, sino que versa sobre los elementos igualmente esenciales, pero que se refieren a la catalogación del acto dentro de un tipo o clase específica, dicha falta no da lugar a la total ineficacia del acto, si, habida cuenta de la real voluntad de los agentes, sus estipulaciones pueden ser eficaces en otro acto específico diferente4.

Al rechazar nuestro Código Civil el concepto de las nulidades de pleno derecho, yal adoptar, en su lugar, el principio de que toda nulidad, cualquiera que sea su causa, requiere un fallo judicial que haga tránsito a cosa
juzgada, dotó a los actos jurídicos legalmente nulos de una eficacia provisoria, operante hasta dicha declaración, en forma tal que si esta no se produce, porque la validez o invalidez del acto no se ha sometido oportunamente a la decisión judicial, dicha eficacia se proyecta hasta su total consumación.

Las anteriores aplicaciones del principio de la conservación de los actos

jurídicos son bastantes para concluir que, en nuestro ordenamiento positivo, se reputa o presume legalmente perfecto y exento de vicio el acto que aparenta reunir las condiciones para su existencia y validez.

Pero es más: la doctrina moderna, ya acogida legislativamente, por ejemplo, por el Código Civil italiano de 1942 Y por nuestro reciente Código de Comercio, tan influido por aquel, ha dado un nuevo e interesante paso en este camino de la conservación de los actosjurídicos, al limitar la ineficacia de estos a la parte o partes interesadas en ella, o sea, conservando la eficacia de dichos actos respecto de las otras partes. Trátase, por ejemplo, de la constitución de una sociedad entre cinco personas, de las cuales una es incapaz, sin que se hayan cumplido las formalidades legales pertinentes, o ha prestado un consentimiento viciado. SegÚn la organización clásica de las nulidades, tal contrato es nulo respecto de todos los contratantes. En virtud de la declaración judicial en este sentido, se extingue la eficacia futura de dicho contrato y quienes participaron en su celebración quedan sujetos a las restituciones mutuas consecuentes.
Pero, según la nueva concepción doctrinaria y legislativa a que nos venimos refiriendo, la nulidad solamente afe.:taría el vínculo jurídico respecto del socio beneficiado con el establecimiento legal de dicha nulidad, subsistiendo los vínculos contractuales entre los cuatro socios restantes, a menos que la participación de aquel en el contrato de sociedad constituya un móvil determinante para su celebración; que dicha participación, según las circunstancias, "deba considerarse esencial"6.
560. LA CONVERSIÓN DE LOS ACTOS jURÍDICOS. Conforme acabamos deverlo, en desarrollo del principio de la conservación de los actos jurídicos, que se endereza a dotar

de eficacia a las manifestaciones de la voluntad privada, en cuanto estas cumplan o puedan cumplir la función que ha determinado su reconocimiento, o sea, la regulación de las relaciones sociales en consonancia con el interés general, nuestra legislación contempla el supuesto de que un acto, tal cual ha sido concebido por los agentes, no se acople a la especie o tipo que estos, recta o erróneamente, han tenido en mientes, por faltarle alguno o algunos de los elementos esenciales de dicha especie o tipo. Así, según el ejemplo propuesto por POTHIER, los agentes entienden celebrar un como dato, contrato este que es esencialmente gratuito, por cuanto el uso de la cosa que el comodante le presta al comodatario no le impone a este compensación alguna distinta de la de cuidar diligentemente la cosa comodada. No obstante esto, según el contrato mismo o su desarrollo, se advierte que el comodatario sí debe retribuiral comodante con el pago periódico de una suma de diner07. Frente a esta situación, se impone al intérprete la conclusión de que el contrato de comodato no existe por faltarle la gratuidad que le es esencial y que, por ende, no puede producir los efectos que le son propios. Pero esta conclusión, válida en rigor lógico, no se compadece con los fines jurídicos a que apunta la concepción moderna del postulado de la autonomía de la voluntad privada. Si en el ejemplo propuesto se configura un contrato de arrendamiento y no de comodato, la negación categórica de la existencia y de la eficacia del primero de tales contratos implicaría el regreso a esos sistemas arcaicos en que las fórmulas sacramentales, y no la voluntad real, determinaban el ser (esse) de la actuación jurídica.

Por lo dicho, el art. 1501 de nuestro Código Civil expresamente contempla una alternativa: la falta de las "cosas que son de la esencia de un actO" (essentialia negotii) da lugar a que este no produzca efecto alguno, o a que "degenere" en

otro acto diferente. Pues bien, esta degeneración de que habla el citado texto es precisamente el fenómeno de la conversión de un actO
jurídico en otro de tipo distinto, en aras de la eficacia de la voluntad privada, propugnada por el derecho moderno.

En otros sistemas foráneos la doctrina o la propia ley han ubicado la conversión de los actos jurídicos en el terreno de la nulidad de dichos actos, así: si un acto legalmente nulo puede convertirse en otro que sea válido y eficaz, sin contrariar la voluntad real de los agentes, el intérprete debe reconocer la validez y la eficacia de este último, prescindiendo de las consecuencias que apareja la nulidad del primer08.
Esta ubicación de la conversión de los actos jurídicos en el campo de la nulidad de ellos se explica, como ya lo sabemos, por la confusión en que tales sistemas foráneos incurren al negar la diferencia entre la inexistencia y la nulidad absoluta, o como se la quiera llamar, de dichos actos, confusión esta que ha oscurecido la inteligencia de tal cuestión, según puede verificarse en los extravíos de la doctrina al respecto.
Trasladar a nuestra doctrina y aun a nuestra legislación, como inconsultamente lo hace el Código de Comercio (art. 904), las vacilaciones, oscurida
des y contradicciones a que se prestan otros sistemas positivos, es a todas
luces equivocado.
A diferencia de su modelo francés, que eludió la reglamentación integral de las nulidades, nuestro Código Civil avocó la materia en forma clara y precisa. Según sabemos, el arto 1741 relaciona las causales de la nulidad absoluta: el objeto y la causa ilícitos, la inobservancia de la plenitud de la forma solemne y la incapacidad absoluta, y el propio texto determina que aquellas otras causales de nulidad, alegables única-

mente por las personas en cuyo beneficio esta se establece, constituyen, por esto, motivos de la nulidad relativa, tales la incapacidad relativa, los vicios del consentimiento y la lesión enorme cuando esta es dirimente del acto.
Frente a esta que, se repite, es una clara y precisa determinación legal de las causales de la nulidad de los actos jurídicos, constituye un despropósi- I to ubicar la conversión de dichos actos en este campo. Ello equivale a suponer I
que un acto que en sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, o en sus móviles determinantes, atenta contra el' orden público, se convierte en un ejemplo de respeto al derecho y a la nioql.l si se le cambia su tipificación legal; que del mismo modo, las imperfecciones y deficiencias de la forma solemne quedan borradas y subsanadas; que quienes celebraron un acto en condiciones de deficiencia sico-física o de falta de experiencia para poderse defender en el comercio jurídico, se tornan en avezados negociantes; que quienes obraron bajo el imperio del error o de la violencia, se convierten en agentes conscientes y libres; que quienes han sido explotados usurariamente dejan de sufrir la lesión enorme de sus intereses.

Tampoco se puede ubicar la figura de la conversión de los actos jurídicos en el terreno de la inexistencia de estos por carecer de los elementos genéricos esenciales que determinan su ingreso en los predios de la autonomía de la voluntad privada: la falta de la voluntad o consentimiento, la inobservancia de la forma solemne predeterminada para su declaración y la ausencia de un objeto jurídico determinado y posible, vale decir, de un contenido regulador de las relaciones sociales, no se subsanan milagrosamente porque el intérprete decida a su arbitrio ubicar a la fuerza el supuesto acto en una

u otra de las categorías o clases en que este, si existiera, podría ser jurídicamente operante.
Luego, el único terreno en que se puede dar la conversión de que se trata es, según expresamente lo declara el art. 1501 de nuestro Código Civil, aquel en que un acto jurídico que reúne los elementos esenciales como tal suscita la cuestión de si, catalogado en un tipo específico, debe tenerse por inexistente e ineficaz por carecer de alguno de los elementos también esenciales de tal tipo; o si, por el contrario, al ubicarlo en otro tipo o clase, se convierte en un acto jurídico perfecto, válido y eficaz. Frente a este dilema, el citado art. 1501 aconseja la conversión, siempre y cuando que esta no contraríe la real voluntad de los agentes. Así se realiza el principio de la conservación de los actos jurídicos y, por ende, el acatamiento a la voluntad privada jurídicamente operante dentro del ámbito reconocido por la ley.

CAPÍTULO V

LA OPONIBILIDAD y LA INOPONIBILIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

561. REFERENCIA. Al examinar los efectos de los actos jurídicos, precisamos los conceptos de la oponibilidad e inoponibilidad de estos frente a los terceros 1.

Dijimos allí que la oponibilidad no consiste en que los actos jurídicos puedan producir derechos y obligaciones para quienes no han intervenido en la celabración de estos, ni directamente ni por procuración, porque tales efectos están descar-

tados por el principio de la relatividad (res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest), sino en el deber gel1,eral que pesa a cargo de los terceros de respetar la eficacia, aun transitoria, que tales actos por ley están llamados a producir entre las partes. .

Por el contrario, la inoponibilidad, que constituye una excepción a la mencionada regla general, consiste en que ciertos actos, aun sin pretender crear derechos u obligaciones para los terceros, pueden ser desconocidos o impugnados por ellos, por cuanto los efectos que producen entre las partes lesionan indebidamente otros derechos de que dichos terceros sean titulares.

Así entendida la inoponibilidad, esta no es una aplicación del principio de larelatividadde los actos jurídicos, ni tampoco laoponibilidades una excepción a este principio. Son ellas figuras autónomas que obedecen a criterios propios, aunque tengan alguna relación próxima con las otras figuras que actúan en el terreno de la eficacia y la ineficacia de los actos jurídicos.

La mayoría de los tratadistas consider~n que la inoponibilidad de los actos jurídicos sí es una manifestación de la ineficacia de dichos actos y así la ubican en este campo, alIado de la inexistencia, cuando la admiten, y de las nulidades, y hasta alguno de ellos la denominan "la ineficacia relativa", introduciendo así una expresión más en la ya confusa terminología en tan importante materia.

Repetimos: si la inoponibilidad no consiste en que los actos de los cuales se predica dejan de producir efectos entre las partes, o sea, en su ámbito personal propio, sino en que los terceros puedan desconocer y aun impugnar es a eficacia entre las partes, resulta un tanto forzado calificarla como una causal de ineficacia relativa.

Sea de ello lo que fuere, para no incurrir en redundancia, nos remitimos a lo anteriormente dicho al respecto.

CAPÍTULO VI

LA INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

562. VISIÓN GENERAL Y CRÍTICA. Al examinar en esta parte de la obra la cuestión tocante a la ineficacia de los actos jurídicos a la luz de nuestra legislación civil, premeditadamente nos abstuvimos de hacer los cotejos del caso con nuestro estatuto mercantil vigente, porque consideramos entonces que era preferible ofrecer una visión global del tema según aquella legislación, para poder evaluar luego, en sus precisas dimensiones, la actitud doctrinaria y las determinaciones adoptadas al respecto por este otro estatuto llamado a regir los. negocios y las relaciones comerciales.

Comienza este por declarar que "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa" (art. 822).

Frente a esta declaración legal podría creerse que el pensamiento de los redactores del Código de Comercio hubiera sido el de propiciar la deseable unificación entre las dos ramas del derecho privado interno, en las materias comunes a ambas, según la recomendación de doctrinantes, ya formula-

da en el siglo pasado y realizada con algún éxito por el Código Federal Suizo de las
Obligaciones de 1912.
Pero tal creencia resultaría equivocada, porque los autores k:Iel¡ dicho Código de Comercio no pudieron resistir al prurito innovador, y así, en vez de unificar, introdujeron numerosas reformas que distanciaron todavía más la preceptiva y la disciplina de las instituciones civiles y mercantiles.
En lo referente a nuestro tema actual, o sea, con la ineficacia de los actos jurídicos, la precedente observación se hace manifiesta. A los desaciertos e incongruencias de la cosecha de los intérpretes del Código Civil se han sumado nuevos ingredientes y factores de confusión, algunos de ellosimportados con notoria ligereza del Código Civil italiano de 1942 que, según ya lo hemos verificado en varias partes de esta obra, no es un modelo de perfección legislativa.

563. Los GRADOS DE LA INEFICACIA DE LOS ACTOS jURÍDICOS. Consagra expresamente el estatuto comentado la distinción entre la inexistencia, la nulidad absoluta y la anulación de dichos actos, así rebautizada a la italiana la nulidad relativa.

564. LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS. La reconoce el art. 898, inciso 22, en estos términos: "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya I celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales" .
Acomódase así este texto al sistema del Código Civil, en cuanto este establece que la falta de los elementos esenciales de los actos jurídicos obsta la existencia de estos como tales

actos, y hasta puede considerarse como una interpretación auténtica del mismo sistema.

Incurrre en el error de considerar como causales diferentes de la inexistencia la inobservancia de "las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato", por una parte, y "la falta de alguno de sus elementos esenciales", por la otra, pues ya era y sigue siendo un lugar común en la doctrina que la forma solemne es uno de esos elementos esenciales que, faltando en los actos en que la ley la prescribe, conduce a que la voluntad no se tenga por legítimamente manifestada, a que tales actos se miren "como no ejecutados o celebrados" (C. C., art. 1760), a que no produzcan "ningún efecto civil" (ibídem, arto 1500), etc.2.

Descarta también el texto la distinción que fluye de la legislación civil entre la inobservancia total de la forma solemne y su inobservancia parcial, de la primera de las cuales resulta que el acto se tenga por inexistente (C. C., arts. 1500, 1501, 1760, etc.), al paso que de la segunda se predica la nulidad absoluta (ibídem, art. 1741), a menos que la ley disponga otra cosa (ibídem, 3
art. -. .
565. LA NUUDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Según el art. 899 del Código de Comercio, son causales de esta nulidad: "12) Cuando contraría [el acto] una ndrma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 22) cuando tenga causa u obje~o ilícitos; y 32) cuando se haya celebrado por persona absolutamente ihcapaz".
Los trascritos ordinales 1°) Y 22) pretenden establecer una diferenciación entre el quebranto de la ley imperativa y el objeto ilícito. Esta diferenciación, traída del Código italiano (art. 1418), implica un desconocimiento de lo que siempre se

ha entendido por el objeto ilícito, o sea, por ese vicio de los actos jurídicos que principalmente se ofrece cuando las estipulaciones de dichos actos, aisladamente consideradas o en su conjunto, pugnan con las leyes en que están interesados el orden público y las buenas costumbres (C. C., arts. 16, 1518, 1523, etc.)4. Solo que dicha noción del objeto ilícito, a más del quebranto de dichas leyes, comprende los casos en que el orden público y las buenas costumbres resulten vulnerados, aunque no exista prohibición legal expresa al respecto".

Nótese también que el artículo excluye de la nulidad absoluta la inobservancia de la plenitud de la forma solemne, porque, con un criterio simplista y tocado del ya superado formalismo simbolista, condena a la inexistencia no solo a los actos en que falte totalmente dicha forma, sino también a aquellos en que la falta de un requisito de ella no la excluye, y aunque tal requisito pueda ser suplido, porque la ley no lo considere esencial';.

El ordinal 3Q del art. 899 que se comenta continúa incluyendo entre las causal es de la nulidad absoluta la participación de los absolutamente incapaces, y así se aparta de su modelo italiano (arts. 427, 428, 1425 Y 1441 Y ss.), que acertadamente ubica todas las incapacidades legales en el campo de la anulación (nulidad relativa) de los actos respectivos, con lo cual dicho modelo no incurre en el defecto de nuestro Código que injustificadamente establece un tratamiento dicotómico, según que dicha incapacidad sea absoluta o relativa7.

566. LA NULIDAD RELATIVA DE LOS ACTOS JURÍDICOS. El art. 900 del Código de Comercio no introduce modificación en cuanto al concepto de lo que entiende por anulación del acto y que en el Código Civil se denominanulidad relativa; esta continúa siendo la causada por la incapacidad relativa de los agentes y por los vicios de la voluntad. La nulidad o rescisión por ciertas incapacidades particulares y

por la lesión enorme quedaron excluidas del Código de Comercio, la primera por olvido, y la segunda, probablemente por considerar, conforme al criterio individualista que inspiró al Código derogado, que tal institución es contraria a la seguridad que requiere el tráfico mercantil.

567. LA INEFICACIA LIMINAR DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Inicia el parco tratado de la ineficacia el art. 897 del Código de Comercio, así: "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".
No se sabe si esta disposición quiso referirse a la inexis tencia, o a la nulidad absoluta, o a ambas, desde luego excluyendo la nulidad relativa, respecto de la cual dice que los actos afectados por esta "serán anulables" (art. 900).
Si lo primero, vale decir, si la disposición se refiere a la inexistencia, la solución que ofrece es acertada, porque dicha sanción consiste en negarle in limine toda eficacia a lo que se pretende un acto jurídico sin serio. Cuando falta la voluntad o consentimiento de los agentes, o falta la forma solemne requerida como cauce único de expresión para que dicha voluntad o consen
timiento se tengan por manifestados, o falta el objeto jurídico a que estos deben enderezarse, sería absurdo atribuirIe al hecho, si es que existe, una eficacia, por mínima que sea, en el campo de la autonomía de la voluntad privada. Y lo propio puede decirse cuando se dan los elementos esenciales genéricos de la actuación jurídica, pero faltan los requisitos también esen
ciales para la especie o tipo en que el acto pretenda ubicarse8.
Pero si la disposición de que se trata se refiere a la nulidad absoluta, o comprende por igual a esta y la inexistencia, constituye un desacierto e indica que sus autores todavía no

habían logrado prescindir de ese concepto antifilosófico de las nulidades de pleno derecho, ya superado por la doctrina euro
pea predominante, y expresamente descartado por nuestro Código Civil, conforme al cual la ineficacia de los actos jurídicos a que falten requisitos para su valor solamente opera a partir de la declaración judicial de nulidad, y no en razón de la virtualidad abstracta de las normas legales que autorizan dicha declaración9.

568. LA DECLARACIÓN DE LAS NULIDADES. Nada dice el Código de Comercio acerca de la declaración de la nulidad absoluta, por lo cual deben aplicarse al respecto las reglas que emanan del arto 2Q de la ley 50 de 1936: dicha nulidad puede y debe ser declarada de oficio por el juez, o a instancia del ministerio público en interés de la moral o de la ley, o a petición de cualquier interesado en ello, sea o no causahabiente de las partes.

Respecto de la nulidad relativa, el art. 900 limita la legitimación ad
causam para alegada a "la persona en cuyo favor se ha establecido o a sus herederos". Omite así a los cesionarios de dichas personas, legitimados para el efecto por el art. 1743 del Código Civil. Entendemos esta omisión como un lapsus calami, porque no creemos que el derecho a pedir la declaración de
nulidad y a obtener las restituciones consiguientes se haya querido poner fuera del comercio, y que así no pueda ser cedido 11.

569. LA INOBSERVANCIA DE LA FORMA SOLEMNE Y LA RATIFICACIÓN. En cuanto a la inobservancia de las

formalidades ad solemnitatem de los actos jurídicos, ya observamos que el art. 898 del Código de Comercio las ubica, sin distingos, en el terreno de la inexistencia de los actos respectivos. En consonancia
con este criterio, dicho artículo, en su inciso primero, preceptúa: "La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa" (subrayamos).
El desacierto y la incongruencia de esta disposición sOn protuberantes y ponen de manifiesto el desconocimiento de la oposición irreductible que se ofrece entre las nociones de inexistencia y ratificación de los actos jurídicos. Si la inobservancia, total o parcial, de la forma solemne se considera C01110 una causal de inexistencia, según la califica e! inciso segundo de! comentado arto 898, la ratificación queda excluida. Esta voz, etimológicamente (ratUs
Jacere) y en su acepción lingüística corriente, denota confirmar algo que existe, y empleada por el legislador civil en el campo de la ineficacia de los actos
jurídicos significasanear la nulidad y, por ende, confirmar un actoque sí existe, pero que está viciado. En síntesis, es un contrasentido decir que se puede ratificar o confirmar lo que no existe ni ha existido.
Por otra parte, laratificación, tomada en su ya dicha acepción etimológica, lingüística y jurídica, implica que, como un remedio aplicado a las nulidades o vicios de los actos existentes, se convalida estos con efecto retroactivo, los limpia de pecado original, en forma tal que si han logrado alcanzar de hecho alguna eficacia, provisoriamente aceptada por la ley, esta eficacia también se consolida, se confirma, como si hubiera emanado de un acto perfecto y válido desde su celebración (in limine).

Por las razones expuestas, al comentar nuestra legislación civil, dijimos, de acuerdo con la doctrina general predominante, que la inexistencia de un acto jurídico no puede ser saneada por la ratificación o confirmación de dicho acto, porque la voluntad privada, por amplio que sea el ámbito que se le reconozca, es inepta para darle vida pretérita a lo que no pudo existir por carecer de algún órgano vitaJl2.

Igualmente, afirmamos antes que la ratificación, en un principio reservada como un remedio para sanear la nulidad relativa, al ser autorizada por la ley 50 de 1936 para sanear la nulidad absoluta, condujo a que los actos viciados por esta quedaran confirmados, como si hubieran nacido perfectos y exentos de todo vicio, solución que lleva a aplicar retroactivamente el efecto de la ratificación 13.

En fin, en cuanto a los efectos de la impropia ratificacióh del acto inexistente respecto de los terceros, es claro que esta no los perjudica, pero sípuede beneficiarlos, como cuando ellos han adquirido un derecho fundado próxima o remotamente en el acto inexistente y en el tiempo intermedio entre este y su ratificación. Así, por ejemplo, el acreedor hipotecario que ha adquirido su derecho real de garantía de quien recibió el bien en razón del acto inexistente, puede estar interesado en la eficacia de este y de esa ratificación posterior que precisamente consolida su títulol4. Ala inversa, para los terceros interesados en la ineficacia del acto original, la ratificación, que es un acto diferente, no puede perjudicarlos.

570. LA RATIFICACIÓN DE LOS ACTOS NULOS. Nada dice el Código de Comercio respecto de la ratificación de las nulidades. Por tanto conforme a su art. 822, son aplicables en su integridad las reglas del Código Civil al respecto.

571. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS NULIDADES. No trae el Código de Comercio

reglas generales que permitan formarse un criterio definido en tan impor
tante materia. Refiriéndose a la nulidad relativa, el arto 900, a vuelta de indi
car las causales de ella y de determinar quiénes pueden invocarla, agrega "...
y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del
negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapaci
dad legal, se contará el bienio desde el día en que esta haya cesado".
Ateniéndose al citado texto y a su sujeta materia, la nulidad relativa, es clara la idea del legislador en el sentido de recortar a dos años el término de
la prescripción de esta. De manera que si dicha especie de nulidad provie
ne de la incapacidad relativa de los agentes o de vicios de su voluntad, hay que
distinguir: si 10 primero, la prescripción se consuma a Íos dos años de haber
adquirido el incapaz la libre administración de sus bienes; si lo segundo, el
bienio se cuenta a partir de la celebración del acto o contrato.
Mas ¿qué ocurre con la nulidad absoluta? A falta de una regla general
y conforme al art. 822 del comentado estatuto, la nulidad proveniente del
objeto o de la causa ilícitos, o de la incapacidad absoluta de los agentes, prescribiría en los veinte años señalados por la ley 50 de 193615. Sin embargo, el
art. 106 de la misma obra preceptúa que "la nulidad proveniente de ilicitud del objeto o de la causa no podrá sanearse"

y el art. 108 ibídem también reduce a dos años la prescripción "proveniente de la incapacidad absoluta".

y agrega: "El término de la prescripción empezará a contarse desde la fecha en que cesen la incapacidad o la fuerza, cuando sean estas las causales, o desde la fecha del contrato de sociedad en los demás casos". Resulta, entonces,

que la nulidad absoluta proveniente de la incapacidad absoluta, por regla general, prescribe en veinte años en los actos y contratos mercantiles, a excepción del contrato de sociedad, en el cual la prescripción por la misma causa se consuma en dos años, contados a partir de la cesación de la incapacidad.

En resumen, llenando las deficiencias determinadas por la falta de una perspectiva general e hilvanando las incongruencias consiguientes, se tiene: 1) la nulidad absoluta proveniente del objeto o causa ilícitos no puede sanearse por la prescripción, a 10 menos en el contrato de sociedad (art. 106; en contra, art. 2Q de la ley 50 de 1936); 2) la inobservancia de las solemnidades

pertinentes al acto es siempre una causal de inexistencia de este y, por ende, cuando posteriormente se celebre un nuevo acto con el lleno de tales solemnidades, este nuevo acto solamente produce efectos para el futuro (art. 898; en contra, arts. 1741 del C. C. Y 2Q de la ley 50 de 1936); 3) la nulidad absoluta proveniente de la incapacidad absoluta, por regla general, prescribe en veinte años (art. 2Q de la ley 50 de 1936); pero si el contrato es de sociedad, la mencionada prescripción se consuma en dos años, a partir de la cesación de la incapacidad (art. 108); 4) la nulidad relativa proveniente de la incapacidad relativa de los agentes prescribe en dos años, contados a partir de la cesación de la incapacidad (arts. 108 y 900); 5) la nulidad relativa proveniente de la fuerza o violencia prescribe en dos años, contados desde la cesación de este vicio (art. 108); 6) la nulidad relativa proveniente del

error o el dolo prescribe en dos años, contados a partir de la fecha de la celebración del contrato (arts. 108 y 900); Y 7) como el Código de Comercio guardó silencio respecto del cómputo del bienio que establece para la prescripción de la nulidad relativa, son aplicables respecto de los herederos de las partes las reglas del arto 1751 del Código Civil, que distingue según que el término de la prescripción no haya comenzado a correr en vida del causante o que, por el contrario, solamente quede un residuo utilizable por dichos herederos.
De todo este incongruente régimen de la prescripción de las nulidades, solo resta por comentar la reducción a dos años del termino sei'ialado para algunas de ellas por el Código.
Es actualmente una tendencia general de la doctrina, acogida por varias legislaciones, la de acortar los términos de la prescripción a lo indispensable para que los interesados puedan hacer valer sus derechos, sin perjuicio del interés general en que las situaciones jurídicas se consoliden en lapsos razonables. Siguiendo este criterio, nuestra criticable y criticada ley 50 de 1936 redujo a veinte ai'ios las prescripciones treintenarias establecidas por el Código Civil y, según acabamos de verlo, el Código de Comercio limitó a dos ai'ios los términos de varias de las prescripciones que, conforme a la legislación civil, eran de cuatro u ocho ai'ios e, inclusive, de veinte, como lade la nulidad proveniente de la incapacidad absolutaHi.
En nuestro sentir, la fijación legal de términos excesivos en la materia, como los ya mencionados de treinta y veinte ai'ios, contraría el interés general en la consolidación de las situaciones jurídicas, y el recorte al máximo de dichos términos puede perjudicar el legítimo interés privado. Luego, lo razonable sería conciliar esos intereses encontrados, lo que ya depende del criterio discrecional del legislador. En nuestro concepto personal, los términos de prescripción de las accio-

nes de nulidad, no de la nulidad en sí misma, podrían unificarse, por ejemplo, en cuatro ai'ios, dejando siempre a salvo el interés general en que los particulares no puedan quebrantar los dictados del orden social.

572. LA NULIDAD PARCIAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS. En el terreno de la conservación de los actos jurídicos, fundada en el respeto a la autonomía de la voluntad privada, en cuanto esta no contravenga el orden público, el Código de Comercio, inspirado en su modelo italiano, consagra dos reglas interesantes, a saber: a) la nulidad parcial en cuanto al contenido del acto; y b) la nulidad parcial en cuanto a los agentes.

573. a) LA NULIDAD PARCIAL EN CUANTO AL CONTENIDO DEL ACTO. A imitación del Código Civil italiano (art. 1419), el arto 902 del Código de Comercio preceptúa: "La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad".

Esta innovación se acomoda al criterio clásico latino en punto de la interpretación de los actos jurídicos. En efecto, conforme a dicho criterio, la máxima regla de la hermenéutica consiste en imponerle al intérprete la obli
gación de averiguar la real voluntad de los agentes para hacerla prevalecer sobre su declaración material. De ahí que, con miras al acatamiento de dicha voluntad real, el arto 1620 del Código Civil disponga: "El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Pero la cuestión no se reduce a lo dicho. Bien puede suceder que el intérprete, en presencia de una o de varias cláusulas del acto, llegue a la con

clusión de que estas legalmente están condenadas a la ineficacia; surge
entonces el problema de decidir si esta ineficacia parcial conduce o no a la ineficacia total del acto. Una respuesta a prioTi, afirmativa o negativa, a este interrogante dejaría de consultar, o bien el propósito del legislador de dotar a la voluntad privada de eficacia jurídica, o bien el de imponerle a dicha voluntad los límites compatibles con el interés social. Por consiguiente, el dilema debe resolverse de conformidad con los principios generales, según lo hace la comentada disposición del Código de Comercio que, por ello, es aplicable en materia civil. Si el repudio de las estipulaciones legalmente ineficaces condeua la totalidad del acto, nada hay que hacer. Por ejemplo, si este tiene por p,bjeto la comisión de un crimen a cam
bio de una remuneración pecuniariai la nulidad de la primera de tales prestaciones envuelve la invalidez de la segunda. Pero si el acto no es tan simple como el propuesto a guisa de ejemp~o, sino que contiene varias estipulaciones, algunas de las cuales son inobjetables, V. gr., porque estructuran un acto complejo que en parte no puede subsistir, pero que en parte es válido, el in
térprete no puede perder de vista que el propósito del legislador es el de que se respete la voluntad privada, mientras esta se mantenga dentro de los límites legales. Más en tal hipótesis el intérprete tampoco puede olvidar que su misión primordial es la de averiguar la voluntad real de los agentes, lo que le impone la necesidad de decidir, discrecionalmente y en vista de las circunstancias, si las cláusulas o estipulaciones ineficaces del acto han sido o no determinantes de su celebración. Si lo primero, la ineficacia de tales cláusulas o estipulaciones condena el acto en su totalidad. Si lo segundo, este debe ser conservado en cuanto sea válido.

tales actos, y que no es esencial en el segundo. Así, una compraventa sin precio puede convertirse en una donación, si la investigación de la voluntad real de los agentes lo permitel7.

576. LA INOPONIBILIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Conforme al arto 901 del Código de Comercio, "Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija".

V ese, por tanto, que este texto legal ignora que, además de la inoponibilidad proveniente de la omisión de los requisitos de publicidad, esta figura también se presenta con fundamento en otros criterios diferentes: la inobservancia de requisitos esenciales que obstan la existencia del acto, o de requisitos para el valor, cuya falta genera !lUlidad; la lesión de derechos ajenos, como la venta y la tradición de cosa ajena, el fraude a los acreedores o a los legitimarios, etc..

577. EL ÁMBITO DE LAS NORMAS MERCANTILES. Los desaciertos, incongruencias y contradicciones en que incurre el Código de Comercio quedan circunscritos al ámbito de los negocios mercantiles, así como también algunos de sus aciertos, o sea que tales defectos y aciertos no trascienden a la legislación civil.

Razones de orden constitucional abonan este aserto. En efecto, el gobierno nacional expidió el Código de Comercio mediante el decreto-ley 410 de 1971, en ejercicio de la facultadpro tempore conferida por la ley 16 de 1968, en desarrollo del ordinal12Q del arto 76 de la Carta Política. Y dicha facultad 10 fue precisamente para revisar el Código de Comercio, pero no para modificar la legislación civil. Huelgan mayores comentarios.

PARTE SEXTA

LA DISOLUCIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

INTRODUCCIÓN

578. CONCEPTO. En un sentido lato, se entiende por disolución de los actos jurídicos la privación de la efi~acia que estos están llamados a producir, a consecuencia de hechos posteriores a su celebración, previstos en ellos o en la ley, tales la revocación voluntaria o judicial, el plazo extintivo, la resolución, etc.

Como se ve, dentro de este concepto lato o genérico de la disolución de los actos jurídicos tienen cabida la declaración de inexistencia de dichos actos, cuando ella es necesaria para privar de eficacia a los actos que aparentan reunir las condiciones esenciales para que la ley los repute como expresiones idóneas de la autonomía de la voluntad privada, así como también la declaración de nulidad o invalidez de los actos que reúnen tales condiciones esenciales, pero que adolecen de las requeridas para su validez o valor. Estas declaraciones jurisdiccionales que actualizan la coercibilidad de las normas jurídicas que establecen las causales de inexistencia o de nulidad son, por tanto, hechos posteriores al momento de la formación de los actos putativamente reconocidos por la ley.

Por la razón últimamente expuesta, o sea, por cuanto la ineficacia de los actos jurídicos putativos no opera de jure en nuestro ordenamiento civil, sino, por principio, a consecuencia de una declaración jurisdiccional, algunos comentaristas de nuestro Código incluyen, con razón lógica, la ineficacia de los actos jurídicos entre las causales de la disolución de estos 1.

Pero ya en un sentido estricto, nuestro Código establece, según la idea predominante en la doctrina europea de su época, la distinción entre la ineficacia de los actos jurídicos proveniente de los defectos para su formación o validez, defectos concomitantes a la celebración de ellos, y otras causales posteriores a tal momento, previstas o no en dichos actos, pero que conducen a los mismos o a análogos resultados. Así, el art. 1602 de nuestro Código preceptúa: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (subrayamos).

Atendiendo a este criterio, la disolución de los actos jurídicos, en un sentido estricto, queda circunscrita a la hipótesis en que la eficacia de dichos actos, celebrados con el lleno de todas las condiciones o requisitos legales, a consecuencia de hechos posteriores se extingue total ° parcialmente. Tales hechos, 510

O bien destruyen el acto jurídico, hacen de él tabla rasa como si no se hubiera celebrado, o bien se limitan a extinguir su eficacia futura. Son estos hechos, en conjunto, la revocación voluntaria y las causas legales de que trata el citado arto 1602.

579. PLAN. Habiendo examinado en la parte anterior la ineficacia de los actos jurídicos, proveniente de la falta de las condiciones para su existencia o para su validez, a continua-

ción estudiaremos las causas principales de su disolución, entendida en el sentido estricto últimamente mencionado, a saber: I. La revocación voluntaria; II. La revocación judicial o acción pauliana;
III. Las modalidades extintivas y resolutorias, y IV. La imposibilidad de ejecución fortuita y sobreviniente.

CAPÍTULO I

LA REVOCACIÓN VOLUNTARIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1. Generalidades

580. CONCEPTO. Como su denominación lo indica, la revocación voluntaria es un modo de disolver y dejar sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero. Así se da esta figura cuando las partes en un contrato de compraventa acuerdan desistir de ella; o cuando una de las partes en un contrato de arrendamiento, estando facultada para hacerlo, le pone fin o lo hace cesar; o cuando el otorgante de un testamento varía sus disposiciones, etc.
De los ejemplos propuestos se puede inferir que la revocación voluntaria de los actos jurídicos opera, tanto en el campo de las convenciones y los contratos, como en el de ~os actos unipersonales.
La revocación de los actos jurídicos, entendida como queda dicho, encuentra su fundamento lógico en el postulado de la autonomía de la voluntad privada. Así como este postulado

faculta a los particulares para crear relaciones jurídicas, igualmente los autoriza para modificarlas o para extin~ guirlas posteriormente, De ahí que el acto jurídico, que es la expresión normal del aludido postulado, se defina como la manifestación de voluntad de una o más personas directa y reflexivamente enderezada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Además, según ya lo sabemos, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada implica, de ordinario, el vigor normativo que a las manifestaciones de esta les atribuye la ley, como si las decisiones adoptadas por los agentes hubieran sido dictadas por el propio legislador. El acto jurídico viene así a erigirse en una norma o ley (lex particularis) para quienes participan en su celebración.

Por consiguiente, del mismo modo como la ley puede derogar sus propios mandatos y así disolver los vínculos jurídicos que ella haya establecido entre sus súbditos, la voluntad privada también puede dejar sin efecto las prescripciones libremente consentidas por quienes participaron anteriormente en un acto jurídico. Este paralelismo entre la derogación de las leyes y la revocación de los actos jurídicos fue prontamente reconocido por el derecho romano y consagrado en numerosas máximas, a manera de aplicación del principio general, según el cual "todo lo que se contrae conforme a derecho, perece por el derecho contrario" (omnia quae jure contrahuntur contrario jure pereunt).

581. EXCEPCIONES A LA REVOCABILIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. El ámbito reconocido por nuestro ordenamiento positivo a la autonomía de la voluntad privada es tan amplio que no se reduce a la regulación de las relaciones de contenido patrimonial, sino que trasciende la órbita de

las relaciones y situaciones de índole predominantemente moral y que comprometen los principios tutelares del orden social. Así, se permite a los particulares participar en el establecimiento o la determinación del estado civil de las personas, mediante actos voluntarios, como la celebración del matrimonio, el reconocimiento o la legitimación de los hijos naturales, etc. Entonces, el orden social está tan comprometido en la estabilidad de las relaciones y situaciones así creadas por la voluntad privada, que ya no se permite a los interesados modificarlas o revocarlas por actos posteriores.

Dentro de este mismo orden de ideas, nuestro Código Civil le prestó tanta importancia a la organización de la familia que, aun en sus aspectos patrimoniales, excluyó o limitó la facultad a los interesados para modificar el régimen legal. Así, proscribió las convenciones enderezadas a variar los efectos legales de la sociedad conyugal, después de formada esta, pues solo permitió a aquellos la celebración antes del matrimonio de las capitulaciones matrimoniales, "relativas a los bienes aportados a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro" (art.1771). Pero aún dichas capitulaciones se declararon irrevocables e inmodificables desde el día de la celebración del matrimonio, "aun con el consentimiento de todas las personas que interviílieron en ellas" (art. 1778). En suma, según la concepción del Código, el régimen patrimonial entre los cónyuges era susceptible de una regulación volun'taria, pero irrevocable después de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, entraba en vigor el régimen legal de la sociedad conyugal, que tampoco podía ser alterado por el mutuo consentimiento de los cónyuges, sin peIjuicio de los efectos del divorcio o de la separación de bienes, por graves causas legales, entre las que tampoco contaba ese consentimiento mutuo.

Con el correr del tiempo, el riguroso régimen legal descrito se ha atenuado en forma considerable. La incapacidad de la mujer casada fue abolida; a cada cónyuge se le reconoció la libre administración de sus bienes propios y de los adquiridos durante el matrimonio, y se autorizó la liquidación provisional de las sociedades conyugales constituidas antes de estas reformas (ley 28 de 1932). Y posteriormente se han autorizado la separación de cuerpos yel divorcio y la cesación de los efectos civiles para los matrimonios canónicos y civiles por mutuo consentimiento (ley 1J! de 1976 y ley 25 de 1992); y la separación definitiva de bienes, también mutuamente consentida, entre los cónyuges (ley 1J! de 1976, art. 25) Y de la sociedad conyugal que, de conformidad y en las condiciones establecidas por la ley 54 de 1989, se forma entre concubinas.

582. NATURALEZA y REQUISITOS DE LA REVOCACIÓN VOLUNTARIA. De lo anteriormente expuesto se concluye que la revocación voluntaria, en principio, es un acto jurídico convencional o unipersonal, al igual que el acto por revocar.

Siendo esto así, es claro que el acto de la revocación debe también reunir todas las condiciones y requisitos para su existencia y validez. Así en principio, debe contar con la voluntad o consentimiento de todos los que participaron en el acto revocado; deben tener ellos la capacidad legal necesaria o cumplir los requisitos tutelares de su incapacidad; su voluntad debe estar exenta de vicios; la revocación debe no estar prohibida por la ley ni ser contraria al orden público o a las buenas costumbres; si el acto por revocar estaba sujeto a formalidades ad solemnitatem, la revocación está sujeta a las mismas formalidades, etc. En suma: si la revocación es, por su naturaleza, un acto

jurídico, para que adquiera el vigor normativo que establece el art. 1602, referido a los contratos, debe estar legalmente celebrada.

583. Los EFECTOS DE LA REVOCACIÓN VOLUNTARIA. Si la revocación voluntaria es un acto jurídico, son pertinentes a ella todas las reglas y principios que gobiernan la eficacia de tal clase de actos, así como también las distinciones que al respecto se imponen entre las partes y los terceros.

584. Los EFECTOS DE LA REVOCACIÓN ENTRE LAS PARTES. Ya en el derecho romano se planteó la cuestión de si la revocación voluntaria hace tabla rasa del acto revocado, hasta el punto de destruir totalmente su eficacia o si, por el contrario, los efectos ya producidos por este, antes de la revocación, subsisten in tocados por dicha revocación. La doctrina predominante de los jurisconsultos romanos, acogida por sus intérpretes y por la opinión moderna generalizada, es la de que la voluntad privada puede obrar sobre el futuro, pero es inepta para borrar los hechos cumplidos anteriormente.

Con este criterio, la doctrina romana y la posterior han distinguido entre dos situaciones, a saber: el acto revocado aún no ha producido sus efectos, o si los ha producido, en todo o en parte. Si lo primero, la revocación, al destruir la causa, impide que esta pueda generar ya efecto alguno. Si lo segundo, como la revocación es un nuevo acto, llamado a obrar desde su celebración, naturalmente es inepto para hacer que lo que fue no haya sido.

En los textos romanos y en las exposiciones de los doctrinantes posteriores se trae como ejemplo para demostrar la tesis expuesta la revocación de la compraventa: si el vendedor ha

hecho tradición del inmueble al comprador, mediante la inscripción del contrato en el registro competente, "la adquisición del dominio del inmueble por este no podría desaparecer por el mutuo consentimiento de comprador y vendedor y dejar sin efecto el Contrato de compraventa que había producido este efecto; y por consiguiente, será necesario que el comprador le transfiera al vendedor el dominio del inmueble por una nueva compraventa y la competente inscripción... Pero si el contrato de compraventa hubiera principiado a ser ejecutado por el COI11prador, pagando el precio o parte de él, sin que el vendedor hubiera entregado el inmueble, no habiendo inscrito aún el contrato, la convención para dejar a este sin efecto no tendría inconveniente, devolviendo el vendedor al COI11prador lo que este le hubiera entregado en pago del precio" (subrayamos)2.

En nuestro sentir, la precitada tesis, expuesta con el rigor de su inspiración romana, no se compadece con la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada, según la cual esta es apta para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sin otro límite que el respeto a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, límite que comprende el respeto al derecho ajeno. De esta suerte, no hay inconveniente alguno en que las panes, al revocar un acto anteriormente celebrado entre ellas, v. gr., una compraventa, decidan privar a esta de sus efectos futuros o aún no cumplidos, o que decidan también retrotraer los efectos ya consumados, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban al tiempo de la celebración del acto revocado, desde luego en cuanto esto sea posible, porque si, por ejemplo, la cosa vendida es un caballo que ha perecido en poder del comprador, su restitución es imposible (ad impossibilia nemo tenetur). De ahí que aun los sostenedores de la tesis que se critica no hayan podido menos que atenuarla, admitiendo que las partes en la compraventa

revocada puedan pactar que el comprador restituya el precio pagado (cosa de género).
Dentro de este mismo orden de ideas, peca contra el principio moderno de la autonomía de la voluntad privada el aserto de que para revocar retroactivamente la tradición de la cosa vendida, sea indispensable que el comprador le haga una "nueva venta" de dicha cosa al vendedor. Un acto jurídico atíPico cualquiera, o sea, no reglamentado por la ley, como ocurre con la revocación, puede producir efectos de variada índole, sin necesidad de encasillarlo dentro de otro contrato típico, como lo es la compraventa. Así, bien pueden pactar los revocantes de la compraventa de un bien mueble o inmueble que el comprador le haga tradición al vendedor para restituirle el dominio trasferido por la tradición anterior. En tal caso la revocación que, se repite, es un acto atípico, asume, a la vez, el carácter de convención extintiva y de contrato traslaticio del dominio (art. 745), sujeto a inscripción registral si se trata de un inmueble, sin que por ello la revo-cación cambie de naturaleza y pase a convertirse en una compraventa.

Por las razones expuestas, de la tesis que se comenta solo es aceptable lo siguiente: que si las partes en el acto por revocar guardan silencio acerca de los efectos ya producidos por dIcho acto, la revocación solamente obra respecto de los efectos aún pendientes; pero si dichas partes convienen en retrotraer, en cuanto esto sea posible, los efectos ya surtidos, debe estarse a las estipulaciones respectivas.

585. LOS EFECTOS DE LA REVOCACIÓN RESPECTO DE LOS CAUSAHABIENTES UNIVERSALES DE LAS PARTES. Sabido es que los efectos de los actos jurídicos se trasmiten a los causahabientes universales de las partes, o sea,

a sus herederos, quienes son los continuadores de la personalidad del de cujus y adquieren todos sus derechos y obligaciones trasmisibles4.
Por consiguiente, todos los efectos de la revocación de un acto anterior, tanto los efectos extintivos que son de la naturaleza de dicha figura, como los efectos accidentales sobreagregados por las estipulaciones de los revocantes, continúan rigiendo respecto de los herederos de estos, tal como lo hemos descrito anteriormenté.

586. Los EFECTOS DE LA REVOCACIÓN RESPECTO DE LOS CAUSAHABIENTES SINGULARES DE LAS PARTES. Sabemos que estos causahabientes o sucesores singulares son aquellos que adquieren de una persona o más derechos determinados (habent causam propter rem singulam), como el comprador, el donatario, el legatario, el cesionario de un crédito, etc.
Igualmente sabemos que los actos realizados por los causantes o antecesores de tal especie de sucesores solamente aprovechan o perjudican a estos con dos condiciones: que el acto verse sobre la constitución misma del derecho determinado, objeto de la sucesión, y que sea un acto anterior a ella, requisito este último que se explica porque, una vez verificado el traspaso, el causante pierde el control que antes tuviera sobre el derecho traspasado
al causahabienteli.

Entonces, si en el tiempo intermedio entre la celebración del act6 re¡vocado y el acto de la revocación, una de las partes en el primero hhbiese constituido un derecho sobre un bien recibido en virtud de este acto, la revocación de él no afecta al adquirente o subadquirente singular, porque dicha

revocación es posterior a su adquisición, o sea, cuando el causante ya había perdido el control sobre el derecho o bien respectivo. Para dicho adquirente o subadquirente la revocación es res inter alios acta, o sea, que él es un tercero.

Por lo dicho, la doctrina desde la época romana sienta unánimemente la precitada solución, ejemplarizada así: "Si el comprador que ha recibido el inmueble comprado lo hubiera gravado con una servidumbre o lo hubiera hipotecado a favor de uno de sus acreedores, el gravamen no podría ser afectado por la disolución del contrato y subsistiría a pesar de ella"7. ,

587. Los EFECfOS DE LA REVOCACIÓN RESPECfO DE LOS TERCEROS. Desde luego, la revocación, al igual que cualquier acto jurídico, no aprovecha ni perjudica a los terceros absolutos (Penitus extranei) que son todas aquellas personas que no han intervenido en el acto ni tienen vinculación jurídica alguna con las partes8.

Los terceros relativos, así llamados por la doctrina por cuanto sí tienen vinculaciones con las partes en un acto, tales los legitimarios forzosos y los acreedores, sí pueden verse lesionados en sus propios derechos legítimos a consecuencia de dicho acto, en el cual no han participado.

Así, de la propia manera que el acto original, v. gr., la compraventa, puede ser un contrato simulado con el propósito de eludir o de mermar el importe de las pensiones alimenticias legales, o de la porción conyugal que compete al cónyuge supérstite, o de las legítimas rigorosas y la cuarta de mejoras de los descendientes del vendedor, la revocación de dicha compra~ venta puede constituir un acto simulado para eludir o mermar el importe de tales prestaciones a cargo del comprador. En tal hipótesis, la revocación simulada es inoponible a los legitimarios perjudicados, quienes pueden impugnarla por tal motivo!).

Igualmente, así como el acto original, v. gr., la compraventa, puede ser simulada o, siendo real, puede obedecer al designio fraudulento de sustraer los bienes del vendedor de la persecución de sus acreedores, la revocación de dicho contrato puede estar determinada por el propósito de sustraer los bienes del comprador original de la persecución de sus acreedores. Entonces, esta revocación, así viciada por el fraude, también es impugnable por dichos acreedores perjudicados, quienes pueden ejercer, según el caso"la acción de simulación o la acción pauliana.

588. REFERENCIA A LA TERMINOLOGÍA. La doctrina y aun nuestra propia legislación suelen emplear expresiones diversas para denotar la figura de que se trata 'i que nosotros venimos designando uniformemente como la revocación voluntaria de los actos jurídicos. Así, el art. 1602 del Código Civil habla de invalidar los contratos "por el mutuo consentimiento" de los contratantes, y el arto 1625 dice que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas (el acreedor y el deudor) consientan "en darla por nula". Pero estas voces legales, anular e invalidar, fueron empleadas en tales textos en su acepción general y etimológica, cual es la de dejar sin fuerza un acto, y no como sinónimas de la privación de la eficacia de un acto que adolece de un defecto para su formación o para su validez, pues el citado art. 1602 parte del supuesto de que el acto susceptible de ser i.nvalidado por la voluntad de los agentes ha sido legalmente celebrado, o sea, SIn defecto que lo condene a la ineficacia; e igualmente el art. 1625 presupone que la obligación que los interesados convienen "en dar por nula" es jurídicamente válida y eficaz, por lo cual este texto expresamente distingue entre este modo voluntario de extinguir las obliga-

ciones (inciso 1 Q) Y la declaración de nulidad o rescisión de ellas (ibídem, ordinal 8Q).

De otro lado, los civilistas franceses, seguidos por comentaristas de otras legislaciones, complican todavía más el léxico jurídico pertinente. Llaman resiliation (sin traducción castiza al español) la pérdida de la eficacia de una convención o contrato por el mutuo disentimiento de las partes; llaman revocación el mismo hecho, pero ya no convencional, sino determinado por la voluntad de una sola de las partes o del agente único. Además, emplean el término resiliation para significar que, en los contratos de ejecución sucesiva, la resolución por incumplimiento no opera retroactivamente.

Como se ha visto, nosotros prescindimos de estas sutilezas idiomáticas que no corresponden a una necesidad jurídica, y así denominamos revocación voluntaria al acto que priva de vigor normativo o eficacia a otro acto anterior, según lo autoriza el postulado de la autonomía de la voluntad privada.

II. La revocación voluntaria de las convenciones

589. EL PRINCIPIO GENERAL. Lo enuncia el ya citado art. 1602 que, según el método tradicional, lo refiere exclusivamente a los contratos, pero que es pertinente, en general, a todos los actos jurídicos obligatorios, como las convenciones y algunos actos unipersonales.

Si las convenciones y los contratos son el re~ultado de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, específicamente denominado consen

timiento (consensus in idem placitum), por apltcaqión del aforismo clásico,

según el cual "todo lo que se contrae conforme a derecho perece por el derecho contrario", la revocación de tales convenciones o contratos requiere otra convención entre todos los que participaron en la celebración de estos, encaminada directa y reflexivamente a privarlos de la eficacia que estu-

vieron llamados a producir. Con otras palabras: el acto plurilateral formado por el consentimiento mutuo de varios (mutuum consensus) debe deshacerse también por el concurso de la voluntad de todos ellos (mutuum disensus).

590. LOS REQUISITOS DE LA REVOCACIÓN. Esta está sujeta a las mismas reglas y principios que gobiernan la formación de todas las convenciones. Debe ser el resu1tado del encuentro y unificación de dos elementos simples: la oferta y su aceptación. La oferta debe contener las condiciones esenciales de la revocación, puede ser expresa o tácita y debe ser comunicada a su destinatario O destinatarios, o debe ser conocida por estos, quienes son todos los partícipes en el acto por revocar; la oferta debe tener también un término definido de duración, señalado por el oferente o por la ley, y durante el cual es obligatoria para el oferente; la aceptación también puede ser expresa o tácita, pero debe ser temporánea y pura y simplemente aprobatoria de la oferta. En fin, si el acto por revocar fue solemne, como la compraventa de un bien in
mueble, la revocación debe cumplir las mismas formalidadesl1. .

591. LA REVOCACI,ÓN UNIlATERAL DE LAS CONVENCIONES. El precitado principio general que requiere para la revocación de las convenciones y contratos el acuerdo de todos los partícipes en la celebración de estos, sufre dos excepciones, a saber:

a) En consideración a la naturaleza de ciertas convenciones o contratos, como el mandato (arts. 2189 y ss.), la sociedad (arts. 2134 y ss.), el arrendamiento de servicios (arts. 2047 y ss. y arts. 2066 y ss.), la confección de obra material (art. 2056), etc., para cuyo normal desarrollo son indispensables la inteligencia y la confianza entre las partes, la ley concede a

cada una de estas el derecho potestativo para revocarlas por su sola voluntad; y

b) Lo propio sucede cuando una sola de las partes o todas ellas se han reservado el derecho potestativo mencionado, como cuando en el contrato de arrendamiento de cosas se estipula que el arrendador, o el arrendatario, o ambos, podrán hacerla cesar antes del plazo señalado para su vencimiento; y la estipulación de arras también implica, por regla general, el derecho de las partes para retractarse del respectivo contrato, perdiendo el valor de aquellas.

III. La revocación voluntaria de los actos unipersonales

. 592. DISTINCIONES PREVIAS. Un acto es uniPersonal cuando jurídicamente se atribuye a una sola persona, bien sea que se forme mediante una manifestación individual de voluntad (acto unipersonal simple), como el testamento, o bien mediante la suma de varias voluntades individuales (acto unipersonal colectivo), como los acuerdos de los órganos colegiados de las personas jurídicas. Difiere este último de las convenciones, en que en estas las voluntades concurrentes se tienen jurídicamente como emitidas separadamente por cada uno de los agentes o partes en ellas. De manera que, según la precitada atribución jurídica, el acuerdo del órgano colegiado de una persona jurídica es un acto unipersonal de esta, y la convención es un acto pluripersonal.

Importa recordar aquí que, a diferencia de las convenciones y, especialmente, de los contratos, que gozan de un amplio

vigor normativo, pues son una "ley" para las partes, el acto unipersonal solamente logra dicho vigor cuando el ordenamiento positivo se le atribuye, lo que en el derecho moderno viene ocurriendo con mayor frecuencial3.
De lo últimamente dicho resulta que hay actos unipersonales que obligan a su agente único, por ejemplo, la oferta de contrato, la agencia oficiosa, la aceptación de una herencia o legado, el compromiso inherente a la estipulación para otro, etc., y que también hay actos unipersonales no obligatorios, como el testamento, los acuerdos de los órganos colegiados de las personas jurídicas, que solamente miran a la organización interna de estas y deben ser cumplidos por los administradores, pero que no confieren derechos a terceros.

593. LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS UNIPERSONALES. La precitada distinción tiene incidencia decisiva en punto de larevocación de los actos unipersonales, en cuanto modifica sustancialmente el principio conforme al cual los actos
jurídicos se deshacen como se hacen (omnia quae jure contrahuntur contrario jure pereunt), pues de tener este principio en el campo de los actos unipersonales la vigencia general que tiene en el de las convenciones y los contratos, resultaría que aquellos actos podrían ser revocados por la sola volúntad de su agente único, lo que no es verdadero.

Por el contrario, la regla general es la de que los actos unipersonales dotados por la ley de vigor normativo y obligatorios para sus agentes solo pueden ser revocados voluntariamente con el concurso o consentimiento del titular del derecho crediticio correlativo a la obligación contraída. Tal es la regla consagrada por el art. 1625 del Código Civil, según el cual, "Toda obligación puede extinguirse por una convención en

que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darIa por nula...".

Por tanto, el texto trascrito establece una regla paralela a la! de' mutuo disentimiento requerido para la revocación de las convenciones y los contratos, aunque sin confundirse con esta, como algunos lo pretenden.

En efecto, el arto 1602, relativo a las convenciones y los contratos, requiere, para la revocación de estos, el concurso de todos los que fueron partes en la celebración de aquellos; y el art.1625 exige, para la extinción de las obligaciones, cualquiera que sea su fuente (el contrato, el acto unipersonal, el hecho ilícito, etc.), el concurso de los interesados en la obligación por extin
se presta anfibológicamente para confundir esta figura con el contrato unilateral, que es una convención que, a diferencia del contrato bilateral o plurilateraI, produce obligaciones a cargo de una sola de las partes. (Véase núm. 36, supra).

guir, que lo son primordialmente el deudor y el acreedor respectivos. De suerte que para extinguir las obligaciones nacidas de un acto unipersonal, lo que implica la disolución de dicho acto, se requiere, no solo la voluntad del agente único obligado, sino también de los demás interesados, principalmente del titular del crédito correlativo, quien, por hipótesis, no fue parte en el acto unipersonal por revocarl5.
Por el contrario, el acto unipersonal no obligatorio, como el testamento y los acuerdos de los órganos colegiados de las personas jurídicas que no confieran derechos crediticios contra estas y a favor de los terceros o de los socios, quienes son personas distintas del ente jurídico, sí puede ser revocado unilateralmente por el agente único que lo otorgó.

594. La REVOCACIÓN VOLUNTARIA DE LAS ESTIPULACIONES PARA OTRO. Según quedó visto, en la estipulación para otro se conjugan dos actos jurídicos diferentes: el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, y un acto unipersonal de este, adherido a dicho contrato y en virtud del cual el promitente se obliga en favor del beneficiario de la estipulaciónlli. Así entendida esta figura compleja, de aplicarse las reglas generales sobre la revocación, resultaría que, para revocar el contrato entre el estipulante y el promitente, y así extinguir las obligaciones recíprocas entre ellos, sería necesario su mutuo disenso; y que para revocar el acto unipersonal del promitente se requeriría el solo concurso entre este y el beneficiario de la estipulación, quien es el acreedor de ella y, por consiguiente, el único legitimado para exigir su cumplimiento.
Sin embargo, esto no es así, pues según el régimen establecido por el art. 1506 del Código Civil, hay que distinguir entre estas dos situaciones:
1;1) La estipulación no ha sido aceptada por su beneficiario. En tal caso, la revocación debe hacerse por el mutuo disenso entre el estipulante y el promitente, sin contar para ello con el consentimiento del beneficiario, pese a que este, como acreedor, es el principalmente interesado en la estipulación. De esta suerte, la sola voluntad del estipulante y el promitente disuelve, a la vez, el contrato entre ellos y el acto unipersonal adherido17; y
2;1 La estipulación ya ha sido aceptada por el beneficiario. En tal caso, la revocación del contrato entre el estipulante y el promitente debe hacerse entre estos; pero la revocación del compromiso del promitente hacia el beneficiario debe hacerse entre ellos, prescindiendo del concurso del estipulante, a pesar de que este pueda tener un interés importante en el cumplimiento de la estipulación, como cuando este cumpli-

miento lo libera de obligaciones prexistentes a su cargo y en favor del beneficiarioIs. Sin embargo, esta solución se justifica, porque la aceptación de la estipulación por el beneficiario puede configurar una novación por cambio de deudor. I
Según lo comentamos en su oportunidad, las precitadas reglas de la legislación civil, no suficientemente fundadas y afectadas de obsolescencia, vienen sufriendo importantes modificaciones usuales impuestas por las necesidades del comercio moderno, conforme a las cuales, para la revocación de la estipulación para otro basta la manifestación de la voluntad del estipulante, por ejemplo, del tomador de una póliza de seguro, quien puede
cambiar a los beneficiarios de ella, o del cargador en un contrato de trasporte, quien también puede unilateralmente cambiar al destinatario.

En conclusión, el acto unipersonal no obligatorio es, en principio, revocable por su otorgante; pero el a~to unipersonal obligatorio, también en principio, es irrevocable por la sola voluntad de dicho otorgante, porque para ello se requiere el concurso de los otros interesados, cualificados según cada caso por la ley.

CAPÍTULO II

LA REVOCACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS

(La acción pauliana)

595. CONCEPTO. La acción pauliana es un medio que la ley les otorga a los acreedores para obtener la reconstitución del patrimonio del deudor, deteriorado por actos fraudulentos de este con perjuicio de los créditos de aquellos.

Conforme a los arts. 2488 y 2492 del Código Civil, los bienes presentes y futuros del deudor, excepto los que la ley declara inembargables, están afectos al pago de las obligaciones de dicho deudor, en forma tal que los acreedores pueden obtener la aprehensión de esos bienes y su venta para ser satisfechos en sus créditos, totalmente si el producto de la venta es suficiente, o a prorrata si no lo es.

Pero esta garantía genérica o "prenda común" de los acreedores no priva al deudor de la libre administración de sus bienes, mientras no haga cesión de ellos (concurso voluntario), o mientras no sea concursado por sus acreedores (concurso forzoso), o declarado en quiebra, si es comerciante. De donde se colige que si esta administración del deudor se hace fraudulenta, los acreedores que han depositado su confianza en este pueden resultar lesionados cuando los actos celebrados por él lo coloquen en estado de insolvencia, o sea, en sÍtuación pe que sus bienes ya no alcancen a cubrir sus deudas, o agraven tal estado de insolvencia. Frente a esta circunstancia, la ley les
otorga a los acreedores la! acJión pauliana, así denominada por haber sido introducida en el derecho romano por el pretor P AULUS y que se endereza precisamente a obtener la revocación de los actos realizados por el deudor en fraude a sus acreedores. Nuestro Código Civil consagra la acción pauliana en estos términos: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1°) los acreedores tendrán dere-

cho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conocIendo ambos el mal estado de los negocios del primero; 2°) los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el peIjuicio de los acreedores; 3°) las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato" (art. 2491).

596. CONDICIONES DE LA ACCIÓN PAULIANA. En el concepto general que hemos ofrecido de fa acción pauliana sobresalen dos elementos axiológicos I para que ella tenga efecto: a) el daño al acreedor o acreedores, y b) el designio fraudulento.

597. a) EL PERJUICIO A LOS ACREEDORES. Mientras el deudor sea convincente, y lo es en tanto que sus bienes embargables sean bastantes para responder de sus deudas, los acreedores no están legitimados para interferir la libre administración que aquel tiene sobre su patrimonio ni para impugnar los actos realizados en ejercicio de esta, aunque tales actos efectivamente impliquen una disminución patrimonial, pero sin rebasar los límites de la solvencia. En tales circunstancias, los acreedores carecen de interés, y es sabido que sin interés no hay acción.

Lo propio se proclama de los actos del deudor relativos a sus bienes inembargables, porque estos no forman parte de la garantía de los acreedores y escapan a su persecución. Por tanto, no tienen ellos interés en que el deudor los conserve ni resultan afectados por su distracción.

Corresponde, pues, al acreedor o acreedores que pretendan la revocación de un acto realizado por su deudor, la prueba de que dicho acto les es perjudicial, en cuanto lesiona sus créditos por colocar al deudor en estado de insolvencia o por agravar tal estado, si ya se encontraba en él. Y, de la propia manera, el deudor y los terceros demandados en acción pauliana pueden enervarla proponiendo la excepción enderezada a establecer que los activos patrimoniales que aún conserva el deudor, después de la realización del acto impugnado por el acreedor o acreedores, son suficientes para cubrir las deudas de aquel. Plantéase asi una cuestión de hecho que el juez debe resolver discrecionalmente, habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes contrincantes, bien sea para establecer el perjuicio a los acreedores, o bien para negarlo.

598. b) EL FRAUDE PAULIANO. El arto 63 de nuestro Código d;ivi~ consagra la definición clásica de dolo: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Y la doctrina tradicional identifica las expresiones dolo y fraude al designar indistintamente con ellas ese elemento específico del delito: esa intención positiva de inferir injuria o daño, que sirve para distinguir el delito del hecho ilícito culposo, en el cual la culpa, imprudencia o negligencia del agente sirve de fundamento a la responsabilidad civil en que este incurre.
Ahora bien, con base en la precitada identificación de las expresiones dolo y fraude en general, un sector de la doctrina ha confundido el fraude pauliano con el dolo, y así ha llegado a formular la tesis, según la cual, para que la acción pauliana pudiese prosperar, se requeriría que el acreedor o acreedores que la instaurasen aportaran la difícil prueba de que el acto

impugnado se habría celebrado con la intención positiva de inferirles daño.

Pero el pensamiento dominante ha rechazado esta tesis que restringe y hasta hace ineficaz la acción pauliana en la mayoría de los casos, y así, atendiendo a la tradición romana, ha afirmado que el fraude pauliano es un cOncepto sui generis que consiste únicamente en el conocimiento que se tenga, y que el deudor debe tener, del mal estado de sus negocios, pese al cual celebra el acto que lo sitúa en imposibilidad de pagar sus deudas. Con otras palabrás:Tá. mala fédeldeudor, que se sanciona con la acción pauliana, es la que se configura cuando dicho deudor celebra un acto que defrauda la confianza depositada en él por sus acreedores, quienes al otorgársela contaban con que él no habría de abusar de la libre administración de sus bienes hasta el punto de realizar, a sabiendas, actos que lo condujeran a la insolvencia, o la agravaran, si ya había llegado a ella.

Nuestro Código Civil, en su art. 2491, se ha pronunciado en pro de esta tesis, al declarar expresamente que la malafe constitutiva del fraude pauliano reside en el conocimiento del mafesiaClo de los negocios del deudor.

Este concepto del fraude pauliano conduce a una conclusión de señalada importancia. La acción no procede cuando al deudor no le es imputable esa precisa mala fe, aunque haya incurrido en imprevisión, temeridad, negligencia o descuido en la libre administración de sus bienes. La garantía que tales bienes representan para los acreedores no autoriza a estos para interferir esa administración ni para pretender trazarIe al deudor ciertas pautas al respecto. Así, si este, en un momento determinado, considera que cierto acto o negocio habrá de

serie provechoso y tal previsión falla, ocasionándole una pérdida patrimonial, aunque esta pueda afectar la garantía de los acreedores, ellos no están legitimados para ejercer la acción pauliana, porque fálta la mala fe del deudor que condiciona dicha acción.

599. EL CONCILIO FRAUDULENTO. Entiéndese por tal, en punto del fraude pauliano, la connivencia o confabulación (consiliumfraudis) entre el deudor y los terceros que participan, a sabiendas, en actos o contratos que producen o aumentan la insolvencia de aquel con perjuicio de sus acreedores.
Nuestro Código Civil, en su arto 2491, ciñéndose también a la ley romana, establece distinción al respecto, según que el acto impugnado sea oneroso o gratuito. Si es oneroso, como una compraventa, una permuta, una sociedad, la pertinencia de la acción está condicionada a la complicidad de quien contrata con el deudor en el fraude paulianocometido por este, complicidad que, entonces, consiste en que dicho contratante también tenga conocimiento de; mal estado de los negocios del deudor. Por el contrario, si el acto es gratuito, como una donación o un legado, ya no hay lugar a la apreciación de la buena o la mala fe de quien se beneficia con dicho acto, o sea que ya no se requiere el consilio fraudulento, sino que basta el solo designio fraudulento del deudor y el perjuicio a los acreedores.
La precitada distinción obedece a razones que ya fueron expuestas por los jurisconsultos romanos. Cuando el acto es oneroso, o sea que implica una prestación en favor del deudor realizada por quien contrata con él, se impone la consideración de la buena fe de esta persona. Así, al entrar en colisión la legítima pretensión de los acreedores de que sus derechos sean respetados y la pretensión igualmente legítima de quien ha contratado de buena fe con el deudor, en aras de la equi-

dad y de la seguridad del comercio, la ley le ha otorgado preferencia a ese contratante de buena fe, descartando la procedencia de la acción pauliana en su contra. Por el contrario, si el acto es gratuito, o sea, si implica un beneficio que el deudor le depara a otra persona sin contraprestación alguna, ya no existe razón para averiguar si esta obra de buena o de mala fe. Basta que el deudor, debiendo conocer el mal estado de sus negocios, realice un acto de beneficencia con perjuicio de sus acreedores y en provecho de un tercero. En tal caso ya no se enfrentan, como sucede respecto de los actos onerosos, las pretensiones legítimas de los acreedores y las de quien contrata de buena fe con el deudor, sino que se contraponen el interés legítimo de los acreedores y la pretensión de quien se ha beneficiado con el acto gratuito de conservar, sin contraprestación alguna, un enriquecimiento i~usto, puesto que se deriva del fraude de su benefactor. Entonces, ante esta pugna entre un interés legítimo y otro que es espurio, la ley prefiere al primero, otorgándoles a los acreedores la acción pauliana, sin considerar la buena o mala fe con que haya actuado el beneficiario del acto gratuito.

600 PRUEBA DEL FRAUDE. Siguiendo el principio general de que al actor le incumbe la carga de la prueba, corresponde al acreedor que ejerce la acción pauliana demostrar el designio fraudulento del deudor en el acto gratuito o la connivencia fraudulenta entre este y quien con él ha contratado a título oneroso.

Ahora, como el fraude pauliano consiste en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor, hecho sicológico de difícil prueba y generalmente inasible, tal elemento axio-

lógico de la acción pauliana de ordinario debe establecerse mediante pruebas indirectas relativas a los anteceden
tes del acto impugnado y a las circunstancias que han rodeado su realización. Al respecto, para facilitar el ejercicio de la acción pauliana, estimamos que mejor habría sido que el legislador hubiera sentado la presunción de fraude por parte del deudor, pues este debe conocer siempre el estado de sus negocios
y debe prever el perjuicio a sus acreedores si celebra actos que 10 coloquen en estado de insolvencia o que lo agraven. Desde luego, tal presunción debería ser exclusiva respecto del deudor, para no involucrar en ella casos tales como el del heredero que enajena bienes hereditarios sin tener conocimiento de las deudas de su causante.

601. ACTOS QUE PUEDEN REVOCARSE. Visto está que el art. 2491, al consagrar la acción pauliana, solamente distingue entre los actos gratuitos y los onerosos con el propósito de exigir respecto de estos últimos el consilio fraudulento, o sea, la complicidad de quien contrata con el deudor en el fraude que este comete contra sus acreedores, al paso que en los actos gratuitos
solo se exige el designio fraudulento del deudor y el perjuicio a los acreedores. El propio texto legal relaciona, por vía enunciativa y no taxativa, algunos de los actos impugnables mediante la acción pauliana, como los cootratos onerosos, las hipotecas, prendas y anticresis, y agrega que los actos y contratos no comprendidos en tal relación, aun las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, son igualmente impugnables.
Por tanto, habida cuenta de la finalidad perseguida por la acción pauliana, cual es la de reconstituir el patrimonio del deudor que se ha hecho insolvente o ha agravado su insol-

vencia en perjuicio de sus acreedores, dicha acción procede respecto de cualquier especie de acto jurídico oneroso o gratuito que revista las características contempladas por la ley. Con otras palabras: siguiendo la tradición latina inveterada, caen bajo la acción pauliaoa todos los actos jurídicos unipersonales, convenciones y contratos determinados por el fraude (quae fraudationis causa gesta erunt) y a consecuencia de los cuales se produzca un traspaso de los bienes embargables del deudor, como una compraventa, o una permuta, o una donación, o un legado; o se constituya un gravamen sobre dichos bienes, como una hipoteca, o una prenda, o una anticresis; o cuando solamente se afecten tales bienes en forma tal que se perjudique la garantía de los acreedores, como un arrendamiento a largo término que dificulte la venta del bien para el pago de las obligaciones del deudor!.
De lo dicho se desprende que no son impugnables por la acción pauliana los actos jurídicos de contenido extrapatrimonial, ni los que versen sobre bienes inembargables del deudor que no forman parte de la garantía general de los acreedores, ni los actos materiales (no jurídicos) que el deudor realice en ejercicio del derecho de dominio que tiene sobre sus bienes, como la reforma o la demolición de su casa de habitación. Los actos de esta última especie solamente podrían ser atacados, mediante acciones distintas de la pauliana, por los acreedores premunidos de garantías específicas sobre determinados bienes del deudor, como la prenda o la hipoteca.

602. LA RENUNCIA AL ENRIQUECIMIENTO. A propósito de los actos del deudor que pueden ser impugnables por este medio, conviene hacer la siguiente aclaración: en la ley romana el ejercicio de la acción pauliana se restringió a los actos del deudor que implicaran una disminución de su pa-

trimonio, prenda común de los acreedores, excluyendo, por tanto, aquellos otros actos que solamente evitaran el aumento de dicho patrimonio, impidiendo que el deudor se hiciera más ric02. Y así expresamente dicha ley negaba la eficacia de la acción pauliana respecto de la renuncia de una herencia o legad03.

El Código Civil francés se apartó de la precitada solución romana al autorizar a los acreedores para obtener la revocación de la renuncia del deudor a una herencia y para aceptarla por este (art. 788), y es así como la doctrina dominante de los comentaristas de dicho Código considera que esta es una innovación al sistema romano.

Nuestro Código Civil acogió esta solución francesa, o sea, que también se apartó del descrito régimen romano de la acción pauliana. En su art. 1451 preceptúa: "No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.

"Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero". Y el art. 1295 reitera: "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la rcpudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

Frente a estos dos textos legales trascritos resulta inocuo trasladar a nuestra doctrina la polémica bizantina acerca de si la comentada innovación es o no contraria a los principios clásicos, y de si constituye una aplicación de la acción pauliana o, más bien, de la acción oblicua francesa. Adem;is, la

innovación se justifica: tan fraudulenta es la conducta del deudor que burla a sus acreedores mediante realización de actos que sustraen bienes que ya existen en su patrimonio, como la que dicho deudor observa al renunciar al ingreso a dicho patrimonio de otros bienes que servirían para satisfacer los derechos de tales acreedores. En ambos casos la equidad exige la protección de estos, que se logra mediante la revocación del acto fraudulento hasta concurrencia de sus créditos, que es precisamente el efecto propio de la acción pauliana consagrado expresamente por los citados artículos 1295 y 1451.

Para terminar este punto, conviene observar que nuestro Código de Procedimiento Civil omitió el establecimiento' de un trámite general pertinente a la acción pauliana, omisión en que también había incurrido el Código Judicial derogado, cuyos redactores pensaron, y así lo expresaron, que el caso de la renuncia por el deudor de una herencia o legado era el único que merecía el señalamiento de un trámite especial, que es el mismo que hoy consagramutatis mutandis el art. 592 del Código primeramente mencionado. De esta suerte, en la generalidad de los casos la acción pauliana debe ventilarse por la vía del proceso ordinario. Excepcionalmente, si ya se ha abierto contra el deudor proceso de quiebra o de concurso de acreedores, que se tramita como la quiebra de los comerciantes, la acción pauliana se puede ventilar como un incidente en dicho proceso. Y también excepcionalmente "cuando aparezca que los bienes de la empresa son insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos o que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del empresario se ha entorpecido por actos del deudor, el contralor o cualquier acreedor podrá solicitar la revocación" de determinados actos realizados por el empresario durante el período sospechoso que antecede a la providencia que admite el concordato (de-

creto 350 de 1989, art. 19). y estas acciones paulianas se tramitan ante el juez que conozca el concordato, o ante el juez civil del circuito del domicilio principal del empresario (en el caso del concordato preventivo obligatorio), y por el trámite del proceso verbal (decreto 350 de 1989, arts. 19, 20 Y 56; Y C. de P. C., art. 423, pár. 22, núm. 14).

.

603. LOS TITULARES DE LA ACCIÓN PAULlANA. Son los acreedores y solamente ellos. Desde el edicto pretorio que la introdujo en el derecho romano, se limitó la titularidad de la acción pauliana a los acreedores defraudados por actos del deudor. Y tal es la determinación que trae también el art. 2491 de nuestro Código Civil. Por tanto, no es de recibo el empleo de dicha acción para el amparo de los derechos de otras personas que puedan encontrarse en situaciones similares a la de los acreedores defraudados. Así, por ejemplo, estableciendo nuestro ordenamiento las asignaciones hereditarias forzosas y el derecho a gananciales en la sociedad conyugal, ni los asignatarios forzosos ni el cónyuge supérstite, respectivamente, están legitimados para impugnar mediante la acción pauliana los actos de disposición realizados por el causante o por el cónyuge difunto en fraude de los derechos de aquellos. Podrán sí ejercer, según el caso, otras acciones, como la de reforma del testamento o la de simulación, pero no la acción pauliana.

e~ prendario y el hipotecario, por cuanto estos pueden pe~seguir la satisfacClon de sus créditos con el producto de la venta de los bIenes del deudor gravados en su favor. Bien puede ocurrir que el producto de la venta de estos bienes gravados resulte insuficiente para cubrir el monto total de los

créditos específicamente garantizados, en cuyo caso los respectivos acreedores también pueden perseguir los demás bienes del deudor, concurriendo con los acreedores quirografarios, vale decir, que, al igual que estos, aquellos están, legítimamente interesados en reconstituir el patrimonio del deudor, fraudulentamente deteriorado.
A propósito de la titularidad de la acción pauliana, se ha preguntado si esta compete o no a los acreedores a plazo y a los condicionales, por cuanto sus créditos no se hacen exigibles sino a partir del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición, respectivamente.
Concretándonos a nuestro ordenamiento positivo, parécenos que la opinión acertada es la de que los acreedores a plazo sí están legitimados para instaurar la acción, por dos razones que, en nuestro sentir, son incuestionables: a) porque el plazo no suspende el nacimiento de la obligación, sino sola.. mente su cumplimiento; por tanto, el acreedor a plazo es un acreedor cierto, (art. 1551); yb) porque, conforme el arto 1553 del Código Civil, la insolvencia del deudor, que es presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana, es también causal de extinción del plazo, de donde resulta que el deudor que se encuentra en tal situación ya no goza del beneficio del plazo, o sea que sus respectivas obligaciones se hacen exigibles!i. Corroboran lo dicho el Código de Comercio y el Código de Procedimiento Civil. El primero, en su art. 1945 expresa que "la declaración judicial de quiebra conlleva... 22 La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas". Y como el Código de Procedimiento Civil somete elconcurso de acreedores a la ritualidad del proceso de quiebra (art. 570), la oportunidad del deudor concursado es la ya mencionada, o sea, la apertura del proceso.

En cuanto a los acreedores a plazo que pretendan ejercer la acción antes del vencimiento de este y de la apertura del proceso de concurso o quiebra, sería lo lógico y acorde con la economía procesal que una misma demanda, fundada en la insolvencia del deudor, pudieran aquellos impetrar acumulativamente la declaración de extinción del plazo y la revocación del acto o actos fraudulentos. Sin embargo, como la acción pauliana ejercida en tales circunstancias se ventila por los trámites del proceso ordinario y la declaración de extinción del plazo tiene una ritualidad especial (C. de P. C., art. 427, par. 22, núm. 62), parecería que tal acumulación de pretensiones sería improcedente (ibídem, art. 82, 32) Y que, por tanto, el acreedor tendría que obtener previamente la declaración de extinción del plazo por la vía especial, para luego sí instaurar la acción pauliana. Pero si., según lo sostiene la opinión general, el acreedor a plazo es un acreedor cierto y como tal está legitimado para ejercer la acción pauliana con prescindencia de la extinción o de la subsistencia del plazo, la conclusión que compartimos es la de que para el efecto no es necesaria la declaración previa de extinción del plazo.

La situación del deudor condicional es diferente, porque la condición suspensiva no solo suspende la exigibilidad de la obligación, sino que paraliza el nacimiento de ella (art. 1536). Como la condición es un hecho futuro e incierto que puede suceder o no, mientras está pendiente no se sabe si el derecho crediticio por ella modalizado habrá de existir o no, de donde resulta que el titular del derecho ya no tiene la calidad de acreedor cierto, por lo cual la ley solamente lo autoriza para impetrar medidas conservativas (art. 1549). En verdad, sería jurídicamente inexplicable que se le permitiera a un acreedor condicional obtener la renovación judicial de un acto del deudor, para luego verificar que, por haber fallado la condi-

ción, se reputase que dicho acreedor nunca lo había sido ni tampoco había tenido garantía alguna sobre el patrimonio del deudor7.

En fin, como la acción pauliana se endereza a reconstituir el patrimonio del deudor al estado que tuvo antes del acto fraudulento, la doctrina también considera que es requisito para la prosperidad de la acción que el crédito o créditos que se invoquen como lesionados sean anteriores a dicho acto. Fúndase esta solución en el principio de que la garantía que la ley reconoce a los acreedores recae sobre los bienes presentes y futuros del deudor, pero no sobre sus bienes pasados, que ya habían salido del patrimonio del deudor antes de contraer la obligación u obligaciones así garantizadas8.

604. LAS PERSONAS SUJETAS A LA ACCIÓN. Como la finalidad de la acción pauliana es la de reconstituir el patrimonio del deudor, haciendo regresar a él o liberando los bienes fraudulentamente enajenados o gravados en favor de otras personas, es claro que para que dicha finalidad alcance la acción debe dirigirse no contra el deudor, sino también contra esas otras personas.

El postulado de la relatividad de los fallos judiciales, según el cual estos no perjudican ni aprovechan a quienes no hayan sido partes en el respectivo proceso (res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest), determina la necesidad de traer a dicho proceso a todos los que hayan participado en un acto o contrato, si se pretende quitar o modificar la eficacia de este. Existe entre tales agentes lo que se denomina un litisconsorcio necesario (C. de P. C., art.83); Si la acción pauliana se instaurase solamente contra el deudor o contra quien hubiese adquirido el bien o bienes materia del acto impugnado, el fallo judicial no podría declarar la revocación de dicho acto ni la restitución de esos bienes al patrimonio del deudor. Tal es la razón para que se deba demandar

conjuntamente al deudor y a sus copartícipes en el acto impugnado, y no, como algunos lo han entendido, por cuanto para la prosperidad de la acción pauliana sería indispensable acreditar el consilio fraudulento entre el deudor y dichos copartícipes, pues, como ya quedó expuesto, este consilio no se requiere respecto de los actos gratuitos, en los que basta el designio fraudulento del deudor, pese a lo cual también es necesario citar al proceso a los beneficiarios del acto.

El Código Civil colombiano, al igual que sus modelos, no contempló la posibilidad de que los acreedores dirigieran la acción pauliana contra los subadquirentes de los bienes salidos fraudulentamente del patrimonio del deudor, por lo cual entre nosotros existe la duda al respecto, que ha originado extenso debate en la doctrina europea. La cuestión se plantea- así:

celebrado entre el deudor y quienes con él contratan un acto que perJudica a los acreedores, si los bienes adquiridos por estos copartícipes en el acto fraudulento se traspasan a otras personas, ¿procede o no contra estas la acción pauliana, a fin de que dichos bienes sean reincorporados al patrimonio de! deudor? Con otras palabras: ¿el fraude pauliano no solo afecta al acto realizado directamente por e! deudor, sino también a los actos de enajena

ción que posteriormehte celebren sobre los mismos bienes las personas que los adquirieron de dicho deudor?

El silencio de nuestro Código en este punto podría interpretarse en el sentido de que el señor BELLO se inclinó, como algunos intérpretes del Código francés, en pro de la tesis negativa. Sin embargo, la doctrina dominante, fundada en las soluciones de la ley romana9, opta por la afirmativa, y esto por

razones que compartimos. Si los subaquirentes lo son a título gratuito, obtienen un enriquecimiento injusto a expensas del

patrimonio del deudor y de los derechos de los acreedores, de donde surge la obligación de restituir que a dichos subadquirentes se les impone. En tal caso, la acción pauliana adquiere el carácter de una acción dein rem versoque tiende a evitar el acrecentamiento de un patrimonio a expensas d~ otro, sin una razón jurídica justificativa y, con más veras, cuando ese desplazamiento de valores obedece a un hecho ilícito, como lo es el fraude pauliano. Pero si el acto por e! cual los bienes distraídos del patrimonio del deudor pasan al de los subadquirentes es oneroso, se imponen las mismas soluciones que determinan la ineficacia o la firmeza del acto celebrado entre el deudor y quienes con él han contratado directamente. Si e! subadquirente ha obrado de buena fe, su adqui
sición no puede ser impugnada. Pero si él tenía conocimiento del vicio que afectaba al acto de su antecesor, si conoda que este acto era e! resultado de un consilio fraudulento entre e! deudor infiel a sus acreedores y dicho antes.

Al decir que la acción pauliana compete a los acreedores no se está significando, según lo pretende alguna opinión sin respaldo, que la acción debería ser ejercida por todos ellos y no solamente por alguno o algunos. La doctrina dominante, fundada en expresas soluciones romanas\ ha admitido siempre ese ejercicio individual de la acción que, según lo veremos adelante,
tiene una eficacia relativa, en el sentido de que solamente aprovecha al acreedor o acreedores que la ejercen, salvo que sea instaurada dentro del proceso de quiebra por el síndico o por la junta asesora, caso en el cual sí aprovecha a la masa, vale decir, a todos los acreedores reconocidos en el proceso (C. de Co., art. 1968). Y otro tanto vale decir por lo que respecta a las acciones

revocatorias dentro del concordato preventivo, tal como se deduce del parágrafo del artículo 20 del decreto 350 de 1989.
En el mismo orden de ideas, sería inexacto pensar que la acción pauliana está reservada a los acreedores quirografarios que solo tienen la garantía general sobre el patrimonio del deudor, o sea, que quedarían excluidos de la titularidad de dicha acción los acreedores con garantía específica, como cesar, la subadquisición también resulta viciada por el fraude pauliano: el subadquirente es un cómplice en ese fraude y, por tanto, queda sujeto a la acción que lo reprime.
En fin, también conviene advertir a este propósito que, al instaurarse la acción contra los subadquirentes, es necesario traer al proceso a todas las persónas que han participado en la cadena de actos que han determinado las adquisiciones sucesivas: al deudor fraudulento, a quienes con él contrataron directamente y a los subadquirentes posteriores, pues entre todos ellos se estructura un litisconsorcio necesario, cuya ruptura impediría el pronunciamiento de un fallo estimatorio de la acción.
605. LA OPORTUNIDAD PARA INSTAURAR LA ACCIÓN. Siguiendo a la ley romana, nuestro Código Civil establece el corto término de un año para la prescripción de la acción pauliana. Presentóse entre los comentaristas de esa ley discrepancia acerca de cuándo debería comenzar a contarse dicho término. De su lado, el Código francés guarda silencio al respecto, por lo cual la mencionada discrepancia se ha acentuado entre sus comentaristas, pues en tanto que unos pocos estiman que la cuestión debe ser resuelta a la luz de la ley romana, la mayoría considera que se deben aplicar las reglas generales referentes a la prescripción ordinaria de las acciones. Cualquier debate acerca de este punto es inocuo en nuestra doctrina, porque el art. 2491 del Código Civil, en su inciso final, al consagrar la acción pauliana define la cuestión

así: "... 3Q) Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato". El Código de Comercio amplió hasta dos años el término de prescripción de la acción pauliana, determinación esta que, en nuestro sentir, no es aplicable a los actos civiles, por tratarse de una cuestión sustancial respecto de la cual el gobierno no tenía autorizaciones para modificar el Código Civil (C. de Co., art. 1965, n,um. 11). Y dentro del trámite del concordato preventivo se establece un
i plazo de prescripción de 18 meses (decreto 350 de 1989, art. 19).

En este mismo orden de ideas y por cuanto el arto 2491 se encuentra en el título XL del libro IV del Código intitulado "De la prelación de créditos", institución esta que únicamente opera cuando en un proceso concurren dos o más acreedores, algunos han opinado que la acción pauliana solamente podría ejercerse una vez que el deudor hubiera hecho cesión de bienes o se le hubiera abierto concurso o quiebra, y no antes. Inclusive esta opinión fue acogida por nuestra Corte Suprema de JusticialO.

La doctrina, prácticamente unánime, no acepta esta tesis, sino que considera que la acciónpauliana es un derecho auxiliar de todo acreedor, quien puede ejercerla individualmente dentro del término legal de un año, contado desde la fecha del acto o contrato fraudulento, antes o después de iniciarse el proceso de cesión de bienes (concurso voluntario), o de concurso forzoso o de quiebra del comerciante.

El argumento en contra, según el cual la ubicación del art. 2491 en el tratado de la prelación de créditos estaría indicando que la oportunidad para el ejercicio de la acción pauliana arrancaría de la cesión de bienes por el deudor o de la apertura contra este del concurso de acreedores, es un argumento

empírico. En el mencionado título XL del libro IV del Código no solo se trata de la prelación de créditos entre varios acreedores (arts. 2493 a 2511), sino que también se consagran disposiciones generales relativas al derecho crediticio. Así, el arto 2488 declara el concepto abstracto de las obligaciones, que traslada la responsabilidad por el incumplimiento del deudor, de su persona a sus bienes presentes y futuros, así constituidos en garantía general de los acreedores, quienes pueden perseguirlos desde el momento mismo en que sus créditos sean exigibles, sin necesidad de esperar la apertura de un concurso voluntario o forzoso contra el deudor. El art. 2492 autoriza a los acreedores para exigir la venta de los bienes del deudor y para que con el producto se les paguen sus créditos, y a nadie se le ha ocurrido sostener que esta facultad no podría ser ejercida individualmente por el acreedor único o por cualquiera de los acreedores, en un proceso singular de ejecución. Pues bien, el art. 2491 consagra la acción pauliana como un de-recho auxiliar de todo acreedor, y ella se endereza a que cualquiera de estos pueda preservar la garantía que sobre el patrimonio del deudor le otorga el art. 2488. De aceptarse la interpretación que se critica del art. 2491, se haría nugatoria laimportante acción pauliana en la mayoría de los casos; se desconocería este valioso derecho auxiliar de todo acreedor, porque la prescripción de dicha acción en el término de un año, señalado por la ley, es una prescripción de corto término que no se suspendería mientras no se cumpliera ese pretendido requisito puramente formal de que la insolvencia del deudor afectara a varios acreedores y quedase establecida únicamente al iniciarse el respectivo proceso plural de ejecución.

En suma" la acción pauliana es una acción individual que compete a cualquier acreedor frente a los actos fraudulentos del deudor realizados

antes de lA injciación contra este de un proceso de concurso voluntario o forzoso, y que debe ser ejercida dentro del año siguiente a la celebración del acto impugnado.

606. Los EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA. Es esta una acciónsui generis, inventada por el pretor P AULUS, sin vinculación a otras acciones hasta entonces reconocidas en la legislación romana, y dotada desde su establecimiento de efectos propios. El Edicto Pauliano confrontó una situación aún no regulada yen la que estaban comprometidos los intereses de tres categorías de personas, a saber: el deudor, cuya responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones se trataba de hacer efectiva sobre su patrimonio, en vez de su persona; los acreedores que ya estaban dotados por la Lex Poetelia PaPiria y por el Edicto Rutiliano de una garantía general sobre ese patrimonio del deudor; y los terceros que pudieran contratar con el deudor o beneficiarse de sus actos, con perjuicio a los acreedores, como quiera que la mencionada garantía en favor de estos no privaba al deudor de la administración de SUS bienes. Este conflicto de intereses fue resuelto por el pretor PAULUS, creando la acción revocatoria de los actos fraudulentos del deudor, mediante la cual tales actos se reputaban no celebrados (ut perinde sint omnia adque si nihil gestum sit) frente al acreedor o acreedores que ejercieran la acción y hasta concurrencia de sus créditos, con las incidencias sobre la descrita situación conflictiva que seguidamente se puntualizan:

a) Quienes han participado en el acto fraudulento del deudor o se han beneficiado directamente con dicho acto deben restituir al patrimonio de aquellos bienes recibidos, o quedan privados de los derechos y beneficios que hayan reportado del acto. Así, si este es un título traslaticio, como una compraventa o una permuta, o un aporte social, o una donación, o

una dación en pago, las cosas adquiridas por quienes han participado o se han beneficiado por el acto impugnado deben ser restituidas al patrimonio del deudor; si se trata de la constitución de un derecho sobre los bienes del deudor, como una prenda, o una hipoteca, o una anticresis, tal derecho se reputa inexistente; si el acto consiste en la remisión de una deuda, esta se tiene por no extinguida; si el deudor ha renunciado a una herencia, legado o donación, tal renuncia queda revocada y el acreedor Q los acreedores que la hayan impugnado pueden aceptar en vez del deudor y hasta concurrencia de sus créditos.
La eficacia de la acción pauliana por el aspecto comentado ya ofrece una característica propia de dicha acción. El fallo estimatorio de ella no invalida totalmente el acto impugnado, no hace tabla rasa de este, como sí ocurre con la declaración de nulidad que aniquila retroactivamente todos los efectos del acto, sino que dicho fallo solo hace ineficaz el acto impugnado hasta concurrencia del interés del acreedor o acreedores demandante~, dejando en pie todos los otros efectos producidos por el acto. Por ejemplo~ si el acto impugnado es una donación de $2.000 y el interés del acreedor es apenas $1.000, el donatario no tiene que restituir sino esta última suma y conserva los $1.000 restantes, respecto de los cuales la donación continúa vigente. Y si el acto revocado es también, por ejemplo, una compraventa de cuerpo cierto, el comprador debe restituirlo al patrimonio del deudor; pero al ser vendido para el pago al acreedor o acreedores, si queda un remanente del producto de la venta, este no pertenece al deudor, sino a dicho comprador.

b) Todo lo dicho en el literal anterior respecto de los terceros inmediatos, o sea las personas que han contratado directamente con el deudor fraudulento o han reportado beneficio

del acto, se predica en los mismos términos y con el mismo alcance respecto de lossubadquirentesde los bienes sustraídos del patrimonio de dicho deudor, llamados terceros mediatos por cuanto su adquisición o beneficio no se deriva del acto mismo del deudor, sino de actoS posteriores de los terceros inmediatos, v. gr., la venta o la donación por estos de los bienes en cuestión.

Pero, según ya quedó expuesto, para que la acción pauliana afecte en la forma dicha a los terceros mediatos, deben ofrecerse respecto de ellos los mismos presupuestos axiológicos requeridos en el arto 2491 del Código Civil.
c) La prosperidad de la acción pauliana ejercida por los acreedores, en sí misma ni mejora ni perjudica la mala situación económica del deudor fraudulento, porque si bien es cierto que en virtud del fallo estimatorio se restituyen al patrimonio de aquellos bienes sustraídos mediante el acto revocado, tal restitución solo beneficia a los acreedores que hayan ejercido la acción,
permitiéndoles obtener la aprehensión y la venta de los bienes recuperados hasta concurrencia de sus créditos, y si el precio de esta venta excede del valor de tales créditos, según quedó dicho, el remanente no pertenece al deudor, sino a los terceros inmediatos o mediatos condenados a la restitución.
Igualmente, el fallo estimatorio de la acción tampoco empeora la situación económica del deudor insolvente, porque los terceros condenados a la restitución de los bienes no pueden ejercer la acción de saneamiento contra dicho deudor. Esta acción no procede en tratándose de actos gratuitos (art. 1479); y si el acto es oneroso, aunque se pudiera pensar que, en principio,
el tercero evicto tendría esa acción de saneamiento (art. 1895), en la práctica esto no es así, porque como el fallo que

condena al tercero a la restitución tiene que fundarse en su mala fe, en su complicidad en el fraude el deudor, la presunta acción no sería de recibo por aplicación del principio según el cual nadie puede ser oído cuando alega su propia inmoralidad [nemo audiens
propriam turpitudinem alegans).
d) En fin, la revocación del acto fraudulento aprovecha a los acreedores que han ejercido la acción pauliana, pero solo hasta concurrencia de sus créditos, con lo cual se cumple la finalidad específica de la acción pauliana:
reconstituir la garantía que aquellos tienen sobre el patrimonio del deudor.
En este último propósito se ha discutido si la revocación del acto fraufulento aprovecha a todos los acreedores o solamente a quienes han ejercIdo la acción pauliana. La doctrina tradicional dominante sostiene la relatividad del fallo que revoca el acto fraudulento, limitando su eficacia a los actores en el proceso, solución que estimamos acertada. En nuestro ordenamiento ri
ge el postulado de la relatividad de los fallos judiciales, según el cual la cosa juzgada no puede aprovechar ni perjudicar a quienes no han sido partes en el litigio [res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest). Así, en el caso de que la acción pauliana sea instaurada solamente por alguno o algunos de los acreedores, lo que está autorizado, según quedó dicho, careciendo estos de la representación de los otros acreedores, su actuación y el fallo respectivo no pueden vincular a los últimos (C. de P. C., arto 332).
Desde luego, la precitada solución varía cuando ya se ha abierto proceso de concurso voluntario o forzado o de quiebra al deudor, porque en tal caso nuestro Código de Comercio, que gobierna el formalismo de tales procesos, otorga la personería para el ejercicio de la acción pauliana al síndico y, en

su defecto, a la junta asesora de la quiebra, quienes, entonces, adelantan la acción pauliana en pro de la masa, o sea, de todos los acreedores reconocidos (art. 1968). En el trámite del concordato preventivo la personería se le ha conferido al contralor de los bienes, haberes y negocios de la empresa (decreto 350 de 1989, arts. 19 y 56).

En este punto importa notar que nuestro mencionado estatuto mercantil pasó por alto un aspecto importante que sí contempló y definió la legislación chilena. Este aspecto comprende dos cuestiones, a saber: a) reconocida la legitimación a todos y cada uno de los acreedores para incoar la acción pauliana antes de la apertura del proceso de concurso o de quiebra, ¿tal legitimación se conserva después de iniciado dicho proceso?; y b) si la respuesta al anterior interrogante es afirmativa, ¿el fallo estimatorio de la acción individualmente instaurada solo aprovecha al actor o a todos los acreedores del deudor concursado o fallido? Examinemos tales cuestiones:

a) El Código de Comercio involucra la acción pauliana en el tratado de la quiebra de los comerciantes, como si esta fuese un efecto exclusivo de este procedimiento de ejecución, cuando ha debido incluida en el tratado general de las obligaciones, comoquiera que la mencionada acción es un derecho sustancial, auxiliar de cualquier acreedor y no una simple figura procesal.

Con otras palabras: la legitimación en la causa para obtener la revocación de los actos fraudulentos del deudor emana directamente del derecho crediticio amparado con la acción y no de la circunstancia de que el deudor sea concursado o declarado en quiebra.

Ahora bien: visto está que el art. 1968 del Código de Comercio autoriza al síndico y, en caso de renuencia de este, a la junta asesora para promover la acción pauliana en beneficio de la masa, o sea en provecho de todos los acreedores, solu-

ción que consulta la tradición inveterada, ya que el propio Edicto Pauliano otorgó tal facultad al curator o magister una vez decretada la missio in possessionem de los bienes del deudor, y quien la ejercía en repre
sentación de todos los acreedores. Pero, como salta a la vista, esta atribución al curador, entre nosotros al síndico o a la junta asesora de la quiebra o del concurso, solamente constituye una facultad procesal (legitimatio ad processum), como quiera que la titularidad sustancial de la acción no corresponde a aquel,
sino a los acreedores (legitimatio ad causam).
Siendo esto último así y habiéndose reconocido desde la creación misma de la acción pauliana la facultad a cualquiera de los acreedores para ejercerla individualmente, en nuestro sentir es evidente que esta legitimación sustancial (ad causam) no se pierde por el solo hecho de que el deudor haya sido concursado o declarado en quiebra. Así, si el síndico de la quiebra o
concurso se niega a usar de la acción y si, además, la junta asesora asume la misma posición, cualquier acreedor que juzgue injustificable esta actitud de quienes solo tienen una representación procesal de los acreedores para el efecto, puede instaurarla individualmente, porque, se repite, este es un
derecho sustancial propio de todo acreedor, que no fue expresamente suprimido, sino pasado por alto en el Código de Comercio; no así en la legislación chilena, en la cual, alIado de la atribución al síndico de la quiebra para impetrar la nulidad de los actos fraudulentos del deudor, expresamente se autoriza a cualquiera de los acreedores para hacer lo propioll .
En el nuevo decreto 350 de 1989 está expresamente prevista la legitimación de cualquiera

de los acreedores para incoar las acciones de revocación autorizadas en este I
estatuto del concordato preventivo (arts. 19 y 56).
b) En lo tocante a la segunda cuestión propuesta, cual es la de si la prosperidad de la acción pauliana instaurada individualmente por ~n acreedor después de abierto el proceso de concurso o quiebra solamente aprovecha al actor o a todos los acreedores, el vacío que ofrece nuestro Código de Comercio conduce a inclinarse por la primera de tales alternativas.
Frente a esta cuestión la legislación chilena adoptó una solución que I nos parece la acertada, pues, aparte de reconocer la legitimación de cual quier acreedor para adelantar individualmente la acción pauliana, dispuso I que, de ser esta instaurada después de la apertura de la quiebra, el fallo estimatorio de ella aprovecharía a todos los acreedores y no solo al actor, lo I
que equivale a dade a este una representación ad processum de los demás acreedores análoga a la conferida al síndicol2.

,

La omisión por nuestro Código en punto de los aspectos que se comentan conduce a la conclusión contraria, porque careciendo el acreedor que ejerce individualmente la acción pauliana de la representación de los otros acreedores reconocidos en el proceso de concurso o quiebra, el postulado de la relatividad de los fallos judiciales <;onsagrado, según ya se dijo, por nuestro Código de Procedimiento Civil, no permite que el fallo estimatorio . de la acción pueda aprovechar a quienes no han sido partes en el respectivo proceso.

607. LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN PAUUANA. Al relacionar los efectos de esta acción en el apartado anterior, advertimos que se trata de una acciónsui generis, introducida por el derecho pretorio, a manera de complemento de los

procedimientos ejecutivos hasta entonces establecidos: la aprehensión de los bienes del deudor (missio in possessionem) y la venta de ellos (bonorum venditio), por medio de los cuales se venía cristalizando la idea de que la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones debería recaer sobre el patrimonio de este, desplazándola de su propia persona. Con la acción pauliana se quiso apenas proteger a los acreedores, y solo a ellos, contra los actos del deudor que fraudulentamente mermasen su patrimonio en detrimento de la garantía que sobre él se trataba de otorgar a aquellos. De ahí que el efecto principal de la acción se hiciese consistir en una revoca
ción del acto fraudulento en beneficio de los acreedores que la ejerciesen y
con un alcance relativo, pues tal revocación quedaba limitada hasta concurrencia de los créditos que se pretendía amparar, dejando en pie los efectos
del acto que excediesen tal límite.

Pese a lo dicho, la doctrina posterior ha pretendido desconocer la naturaleza específica de la acción pauliana y ha tratado de asimilarla a otros tipos de acciones y de atribuirle el régimen pertinente a estos. Por ello, bien vale la pena criticar someramente las principales variantes de estos intentos doctrinarios.

608. a) LA TESIS DE LA NULIDAD. Eue esta la más generalizada. Se pretendió encontrar en la acción pauliana una variante o aplicación de las acciones de nulidad, a consecuencia de la cual el acto impugnado se invalidaría totalmente, con efecto retroactivo, el que implicaría la repercusión de la declaración de nulidad contra los terceros subadquirentes obligados a restituir al patrimonio del deudor los bienes recibidos por ellos.

Esta tesis, se dice, encontraría especial asidero en la redacción del art. 2491 de nuestro Código, que otorga a los acreedores "el derecho para que se rescindan los contratos onerosos...", como si estos actos impugnables con la acción pauliana estuviesen afectados deun vicio de nulidad relativa, conforme al inciso final del art. 1741 de dicha obra.
Pero la doctrina moderna ha rechazado esta tesis de la nulidad, que no se compadece con el régimen tradicional de la acción pauliana. La declaración de nulidad de un acto, absoluta o relativa, hace tabla rasa de este, volviendo las cosas al estado en que se encontraban al tiempo de la celebración de dicho acto, efecto retroactivo que se proyecta sobre los terceros adquirentes contra quienes procede la acción reiyindicatoria (art. 1748). Además, las acciones de nulidad prescriben en 4 o 20 qños, según que la nulidad, respectivamente, sea relativa o absoluta (art.' 1950 y ley 50 de 1936, art. 2Q).
Por el contrario, se repite que la revocación judicial del acto afectado de fraude pauliano se limita a los acreedores que hayan ejercido la acción y hasta concurrencia de sus créditos. Esta eficacia limitada se encuentra expresamente declarada por disposiciones de nuestro Código que se inspiran en el régimen clásico de la acción pauliana (arts. 1295 y 1451). Así, si el actO impugnado tiene un valor superior al del crédito o créditos que se pretende amparar con la acción pauliaha, la revocación solamente afecta dicho acto hasta concurrencia de estos créditos, y del sobrante se aprovechará el tercero que haya contratado con el deudor o se haya beneficiado con el acto, lo q~e no ocurriría si la declaración judicial fuera de nulidad con su efecto propIO de aniquilar la totalidad del acto y sus efectos.
La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria, desde luego al dueño de las cosas materia del acto invali-

dado, contra los terceros poseedores (art. 1748). Pero resulta traída de los cabellos la explicación de
la procedencia de la acción pauliana contra los terceros subadquirentes, apelando al comentado efecto de la nulidad. Basta simplemente tener en cuenta que los acreedores, titulares exclusivos de la acción pauliana, no tienen un derecho real sobre los bienes del deudor y, por tanto, mal podría atribuírseles una acción reivindicatoria, ni contra quienes hubieran contratado con el deudor ni contra los subadquirentes de estos. La acción pauliana es, pues, una acción personal que produce efectos restitutorios en provecho de los acreedores, porque así lo ha establecido la ley desde Roma, a manera de sanción a quienes hayan participado fraudulentamente en los actos onerosos del deudor, o de restablecimiento del derecho en los actos gratuitos que denoten un enriquecimiento injusto. Por otra parte, el art. 1740 del Código Civil circunscribe el ámbito de la nulidad de los actos jurídicos a la falta de los requisitos que la ley prescribe para el valor de aquellos: capacidad legal de los agentes, consentimiento sano, objeto y causa lícitos, formalidades solemnes y, en ciertos casos, ausencia de lesión enorme. En el acto viciado de fraude pauliano no faltan tales requisitos. Por ello, la revocación judicial del acto deja en pie todos sus efectos, a excepción de aquellos que atentan contra el derecho de garantía general de los acreedores.
En fin, acogiendo la solución romana, el art. 2491 del mismo Código' establece una prescripción de muy corto término para la acción pauliana, distinta de los plazos de 20 y de 4 años señalados para las acciones de nulidad absoluta y relativa, respectivamente.
En suma, la acción pauliana no es una acción de nulidad, y frente a las diferencias que el Código establece expresamente respecto de dichas acciones, resulta infundado suponer que la

expresión rescindir, empleada por el señor BELLO en los arts. 1451 y 2491, lo hubiera sido en el sentido estrictamente técnico que tal expresión reviste en el tratado de las nulidades.

Más adelante volveremos sobre este tema para declarar la confusión en que han incurrido intérpretes de nuestro Códig<j> Civil y algunas legislaciones mercantiles, también la nuestra, respecto de dos situaciones distintas, debidamente tratadas por el señor BELLO, a saber: la relativa a los actos fraudulentos del deudor insolvente aún no concursado e impugnables con la acción pauliana, y la que mira a los actos, fraudulentos o no, del deudor concursado o declarado en quiebra que sí estan afectados de una nulidad propiamente dicha, proveniente de la incapacidad particular que aqueja al deudor que se encuentra en esa situación[14].

609. b) LA TESIS DE LA INDEMNIZACIÓN. Otro sector de la doctrina ha pretendido reducir la acción pauliana a la de indemnización de perjuicios. Tesis que afirma que, al resultar perjudicados los acreedores por la disminución del patrimonio del deudor, surge en favor de aquellos el derecho a ser indemnizados, lo que se realiza mediante la reconstitución de dicho patrimonio hasta concurrencia de los créditos amparados por la acción, y no más allá porque esta, como indemnizatoria que es, no puede rebasar los límites del perjuicio sufrido por quien la ejerce.

Esta explicación es aparentemente satisfactoria, pero en el fondo resulta inexacta. En la doctrina latina la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones o por el hecho ilícito supone la falta de una persona, el perjuicio que otro sufre y el nexo de causalidad entre la falta y el perjuicio. Además, dicha responsabilidad se traduce en una obligación

nueva a cargo del deudor incumplido o del agente o agentes del hecho ilícito de indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor o a la víctima, quienes así adquieren un derecho crediticio, también nuevo y correlativo a la obligación indemnizatoria. La acción pauliana no solo se confiere contra las personas que han participado en el acto o actos impugnados, cometiendo una falta que consiste en el fraude pauliano, sino también contra quienes se han beneficiado de buena fe con el acto gratuito del deudor, o sea que no han incurrido en falta alguna y, por tanto, no están sujetos a responsabilidad civil.

Frente al precitado argumento, quienes sostienen la tesis que se comenta se han visto en la necesidad de adicionarla, distinguiendo si el acto es oneroso, caso en el cual sí existiría una falta, elconsilium fraudis, que sería la fuente de la obligación indemnizatoria a cargo de quienes hubieran participado en este, o si el acto es gratuito, caso en el cual, aunque el beneficiario estuviese de buena fe, se presentaría un enriquecimiento sin justa causa que le impondría la obligación de restituir el provecho indebido.

Como se ve, con este aditamento la tesis inicial se divide en dos: la de responsabilidad civil para los agentes del acto oneroso, y la del enriquecimiento sin causa para los beneficiarios del acto gratuito, combinándose asíesas dos fuentes distintas de las obligaciones, a lo que se agrega que también se desnaturaliza la institución del enriquecimiento sin causa. La revocación del acto impugnado con la ~cción pauliana no reconstituye el patrimonio de

los acreedores impugnante's, sino el del deudor, a lo que se agrega, según

quedó dicho, que este en nada se aprovecha de tal revocación, o sea que respecto de él no se da el efecto propio de la actio de in rem verso que sanciona el enriquecimiento sin causa,

cual es el de restituirle al empobrecido lo indebidamente ganado por el enriquecido.

En fin, la revocación del acto fraudulento a consecuencia de la acción pauliana no implica, a diferencia de la acción de indemnización de perjuicios, una obligación nueva a cargo del reo o reos vencidos, y un derecho correlativo e igualmente nuevo que ingrese al patrimonio del actor o actores impugnantes.

En suma, la asimilación de la acción pauliana a la acción indemnizatoria de perjuicios, aun combinada con la de enriquecimiento sin causa, asimilación que se funda en algunas semejanzas aparentes o reales, también resulta forzosa.

610. c) LA TESIS DE LA INOPONIBILlDAD. También se ha dicho que la acción pauliana es una acción de inoponibilidad, tesis que ha prevalecido en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia desde hace varios lustrosl5. La revocación del acto impugnado no lo invalida totalmente, sino que su efecto se reduce a declarar que dicho acto es inoponible a los acreedores, quienes pueden tenerlo como no celebrado respecto de ellos para lograr la aprehensión y venta de los bienes distraídos del patrimonio de su deudor.

Sin embargo, no es en nuestro concepto de recibo la tesis de que la ac
ción pauliana sea una simple acción de inoponibilidad. En efecto, pese a que, .
como lo anotamos en otro lugar de esta obra1fi, la inoponibilidad en veces se hace valer mediante el ejercicio de determinadas acciones judiciales, como la acción pauliana, si esta fuera una acción de simple inoponibilidad, cuyo efecto se redujera a la declaración judicial de que el acto impugnado no ha alterado el derecho de garantía del acreedor o acreedores, tal acción sería pírrica, porque, no obstante prosperar, no

conduciría efectivamente a modificar la situación creada por el acto fraudulento.
Por el contrario, la acción pauliana se endereza a obtener un fallo judicial constitutivo, por cuanto revoca el acto y ordena la restitución de los bienes distraídos del patrimonio del deudor.

En conclusión: la acción pauliana debe ser tratada doctrinariamente como una acciónsui generis que no necesita de la paternidad de otras figuras jurídicas distintas.

611. LA NULIDAD Y LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS DEL DEUDOR. Ya hemos dicho exhaustivamente que la acción pauliana no es una acción de nulidad del acto impugnado. Ahora importa puntualizar aquí que lo dicho no significa que los actos del deudor que perjudiquen a sus acreedores siempre tengan que ser impugnados mediante la acción pauliana y que nunca proceda contra ellos la acción de nulidad.

El Código Civil colombiano contempl~ dps situaciones distintas tocantes a los actos realizados por los deudores con perjuicio del derecho de garantía general que se otorga a los acreedores. El art. 2490 preceptúa: "Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores". Yel art. 2491 siguiente, tantas veces citado, se refiere expresamente "... a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso...", respecto de los cuales consagra la acción pauliana, impropiamente calificada allícomo una acción rescisoria.
Pues bien, intérpretes del Código de BELLO no se han percatado de la diferencia sustancial que existe entre las dos situaciones contempladas por los citados textos legales. Según ya lo hemos visto en el apartado anterior algunos consideran que

todo acto del deudor que fradulentamente perjudi~ que la garantía general de sus acreedores es nulo, háyase celebrado antes o después de la cesión de bienes o de la apertura de concurso de acreedores

reduciendo así la acción pauliana a una acción de nulidad. Tal es el criterio' por ejemplo, de la legislación comercial chilena. Otros, al contrario, piensa~ que los arts. 2490 y 2491 del Código Civil colombiano consagran, por igual, la acción pauliana y que ambos textos incurren en impropiedad al hablar de nulidad y de rescisión, en vez de revocación de los actos a que se refieren. Con este criterio nuestro Código de Comercio vigente, por cierto caótico y Con. tradictorio, engloba en un solo artículo (l 965) los actos del quebrado, incluyendo los realizados con posterioridad a la apertura de la quiebra, y preceptuando que estos últimos también están slüetos a revocación, o sea que deben ser impugnados mediante la acción paulianal7.

Ninguna de las posiciones comentadas es valedera ni se compadece con la preceptiva de nuestro Código Civil. De no ser esto así, lo primero que cabría preguntarse sería: ¿por qué el señor BELLO habría incurrido en manifiesta re-dundancia al tratar en dos disposiciones seguidas, los arts. 2490 y 2491, de los actos del deudor posteriores a la cesión de bienes o a la apertura de concurso y de los actos anteriores a estos hechos, si unos y otros habrían de quedar sometidos al mismo régimen bien fuera el de la nulidad o el de la revocación?

Pues bien, la razón de ser de los dos textos citados obedece a la pulcra distinción que el señor BELLO hizo entre dos situaciones gobernadas por criterios jurídicos diferentes.

Sabido es que alIado de las incapacidades generales para intervenir en el comercio jurídico, como las que afectan a los menores no habilitados de edad, a los dementes, a los sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito, a los

disipadores en interdicción judicial, el arto 1504 d~l Código Civil establece las incapacidades particulares en estos términos: "Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos". Además, estas incapacidades particulares, cuando la prohibición no obedece a la ilicitud en el objeto, están sancionadas con la nulidad relativa (art. 1741, inc. fin.).

Ahora bien, el concurso de acreedores, voluntario o forzoso, y la quiebra no convierten al deudor en un incapaz general, como los taxativamente enumerados por el arto 1504, o sea, que no lo hacen inhábil para realizar todos los actos de la vida civil sin el ministerio o la autorización de un guardador; sin embargo, la aprehensión de sus bienes embargables y su separación de la administración de estos, la que se confía al síndico del concurso o de la quiebra, sí configuran una incapacidad particular del deudor, en cuanto este ya no puede realizar actos jurídicos relativos a esos bienes que integran la masa. Pero, como el deudor conserva su capacidad legal respecto de cualesquiera otros actos de la vida civil, incluso los tocantes a la administración y disposición de sus bienes no embargables, es evidente que las mencionadas medidas no implican el establecimiento de una incapacidad general, sino particular. Entonces se entiende que los actos del deudor posteriores a la apertura del concurso o de la quiebra están sancionados por el arto 2490, en consonancia con los arts. 1504 y 1741, con una nulidad que es relativa porque no encaja en ninguna de las causales de nulidad absoluta relacionadas taxativamente por el arto 1741, y porque la prohibición o incapacidad particular que viene a afectar al deudor concursado o quebrado respecto de los bienes que integran la masa solamente se ha establecido en interés de los acreedores.

Bien diferente es la situación del deudor antes de ser concursado o declarado en quiebra. Conserva él entonces la libre administración de sus bie
nes, respecto de la cual no está afectado por incapacidad alguna, y sus actos,
en tanto reúnan los requisitos legales, son plenamente válidos. Por cierto, esta fue la situación que confrontó el pretor romano al crear la acción pauliana: antes de la toma en posesión de los bienes del deudor, este podía vá. lidamente disponer de dichos bienes y hasta perjudicar impunemente los derechos de sus acreedores. Para remediar esta anomalía se otorgó a los acreedores individualmente, o alcuratorde los bienes, una vez abierto el concurso, el medio procesal, o sea la acción pauliana, para pbtener la revocación de I aquellos actos que siendo válidos apareciesen celeprap.os en fraude de los acreedores. La referida atribuci6n al curator no significaba que la acción pauliana procediera contra los actos realizados después de la apertura del concurso, porque para ese entonces el deudor ya había sido desposeído de sus bienes y mal podía ejecutar actos válidos respecto de estos.
En conclusión: tan equivocado es considerar válidos y solamente revocables mediante la acción pauliana los actos del deudor ejecutados después de iniciado el concurso o la quiebra, o sea, cuando áquel ya está afectado de una incapacidad particular referente a la administración de sus bienes embargables, incapacidad sancionada con la nulidad como es equivocado considerar nulos los actos del deudor anteriores a la apertura del concurso o de la quiebra, a pesar de que ellos reúnan los requisitos legales, y respecto de los cuales se estableció la acción revocatoria por fraude a los acreedores, precisamente por ser válidos tales actos.

CAPÍTULO III

DE LAS MODALIDADES EXTINTIVAS y RESOLUTORIAS EN GENERAL

612. CONCEPTO y ENUMERACIÓN. Hemos dicho que la disolución de los actos jurídicos, en un sentido estricto, se presenta cuando habiéndose otorgado o celebrado estos legalmente, su eficacia se extingue total o parcialmente a consecuencia de hechos posteriores. Entre estos hechos posteriores están la revocación voluntaria y la revocación judicial que hemos examinado separadamente en los dos capítulos anteriores. En el presente trataremos de las modalidades extintivas y resolutorias, cuales son el término o plazo extintivo y las condiciones resolutorias en general.

613. EL MÉTODO TRADICIONAL. A imitación de las Institutas de Gayo, la doctrina y las legislaciones inspiradas en el derecho romano han tratado del plazo y de la condición a manera de modalidades pertinentes exclusivamente a los derechos concretos y, en especial, a las asignaciones. sucesorales y a las obligaciones.

Conforme a este método, nuestro Código Civil y sus modelos no ofrecen una concepción general de la efectividad de las mencionadas modalidades. Así, dicho Código, en el título IV de su libroIII, "De las asignaciones testamentarias", trata "De las asignaciones testamentarias condicionales" (cap. II) y "De las asignaciones testamentarias a día" (cap. 1II); y en los títulos IV Y V de su libro IV trata "De las obligaciones condicionales..." y "De' las obligaciories a plazo", respectivamente, a lo que se agrega que a dichas figuras también se refiere dicha obra, en forma dispersa, a todo lo largo de su contenido.

No obstante este método tradicional, lo cierto es que el plazo y la condición consisten, según lo entiende la doctrina, en modalidades que no solamente afectan los derechos y las obligaciones concretos, sino que también pueden obrar generalmente sobre toda la eficacia de los actos jurídicos y aun de la ley, cuando esta las erige en presupuestos para su aplicación.

Para nuestros fines, basta registrar lo dicho: el plazo y la condición pueden modalizar no solamente ciertos derechos y obligaciones que generan los actos jurídicos, sino que también pueden abarcar la eficacia total de estos:

paralizándola, si son modalidades suspensivas, o destruyéndola, si son extintivas o resolutorias 1.

614. CONCEPTO. Referido a los derechos u obligaciones concretos, el término o plazo extintivo se suele definir como "el hecho futuro y cierto del que pende la extinción de un derecho" (C. C., art. 1138).

Predicado este concepto en relación con la eficacia de los actos jurídicos, podría definirse así: el término o plazo es un hecho futuro y cierto del que pende la extinción de la eficacia de un acto jurídico.

615. CARACTERÍSTICAS DEL PLAZO EXTINTIVO. De su definición resulta que el término o plazo extintivo tiene tres características esenciales, a saber: a) ser un hecho futuro en relación con el momento del otorgamiento o de la celebración del acto modalizado por él; es claro que un acto no puede extinguirse antes de existir; b) ser cierto, es decir, saberse dentro de las previsiones huma

nas que seguramente se realizará el hecho que lo constituye, así la llegada de un día determinado o la muerte de una persona; y c) que de tal hecho penda la extinción de un derecho o, en general, la eficacia del acto modalizado.

616. CLASIFICACIONES DE LOS PLAZOS EXTINTIVOS. Atendiendo a distintos criterios, el plazo extintivo puede ser:

617. a) PLAZO DETERMINADO E INDETERMINADO. El plazo es determinado si se sabe cuándo ha de llegar, como el día tal de tal mes y año; es indeterminado si no se sabe cuándo habrá de llegar, como el día de la muerte de una persona (C. C., art. 1139).

618. b) PLAZO LEGAL Y VOLUNTARIO. Para esta clasificación se atiende al origen del plazo. Legal es el establecido por la ley, v. gr., el de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda para que d comprador pague el precio de la compraventa modalizada por el pacto comisario (art. 1937), o la muerte de una de las partes en los contratos celebrados intuitu personae: como la muerte del mandante o del mandatario (art. 2189 y concordantes); la muerte de uno de las socios en las sociedades civiles (art. 2129); la muerte del artífice en los cdnt~atos para la confección de una obra material (art. 2062), etc. Los mencionados contratos suponen para su normal desarrollo la inteligencia o la confianza que una de las partes o cada una
de ellas deposita en la otra.

El plazo extintivo es convencional o simplemente voluntario cuando ha sido señalado en el acto o contrato respectivo, como cuando se arrienda una cosa por tiempo determinado (art. 2008 y concordantes), o como cuando en el contrato de renta vitalicia se fija como término de su duración la muerte de una de las partes o de un tercero (arts. 2287 y ss.). Este plazo señalado en el acto modalizado constituye la regla general y el plazo legal es excepcional.

En punto del plazo extintivo no tiene cabida el plazo judicial, que es el señalado por el juez cuando la ley excepcionalmente lo autoriza para ello (art. 1551).

619. Los EFECTOS DEL PLAZO EXTINTIVO. Cualquiera que sea su origen, el plazo extintivo o término, como lo denota esta última expresión, le pone fin al acto modalizado y, por ende, a su eficacia futura. Los efectos producidos por el acto antes de la expiración del plazo no se modifican por el vencimiento de este.

ll. La condición resolutoria

620. CONCEPTO. También referida según el método tradicional a los derechos y obligaciones concretos, la condición resolutoria se suele definir como "un hecho futuro e incierto del que pende la extinción de un derecho" (art. 1530).
Predicado este concepto en relación con la eficacia de los actos jurídicos, podría definirse así: la condición resolutoria es un hecho futuro e incierto del que pende la extinción de la eficacia de un acto jurídico2.

621. CARACTERÍSTICAS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA. Son -notas esenciales de esta modalidad: a) debe consistir en un hecho futuro en relación con el momento del otorgamiento o de la celebración del acto modalizado (art. 1129); b) el hecho debe ser incierto, es decir, que no se pueda saber de antemano si habrá de realizarse o no, como la llegada de una persona a la edad de veinticinco años, o si contrae matrimonio; y c) que del hecho así descrito se haga depender la ineficacia total o parcial del acto modalizado.

622. CLASIFICACIONES DE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS. Al igual que el plazo extintivo, las condicio-

nes resolutorias admiten clasificaciones determinadas por distintos .criterios.

623. a) CONDICIONES LEGALES Y VOLUNTARIAS. La regla general es la de que las condiciones resolilitorias emanen de la voluntad expresa del agente o agentes en los actos jurídicos modalizados. Por ejemplo, cuando en el contrato de renta no vitalicia se subordina el pago de la renta a que el rentista permanezca en estado de soltería, o cuando en el contrato de arrendamiento de cosa, el arrendador, o el arrendatario, o ambos, se reservan el derecho de darlo por terminado antes del tiempo señalado para el efecto, o cuando en el contrato de compraventa se pacta el derecho del vendedor para retrocomprar la cosa vendida, etc.
Excepcionalmente la ley interviene en la resolución de los actos jurídicos válidos, de ordinario interpretando la voluntad de los agentes, como cuando en los contratos bilaterales otorga a cada uno de los contratantes la opción para exigir el cumplimiento o para pedir la resolución del contrato, en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte (art. 1546).

624. b) CONDICIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS. La condición resolutoria es positiva cuando consiste en el acaecer de una cosa, como que el comprador
contraiga matrimonio. La condición es negativa cuando consiste en que una cosa no acontezca, como que el comprador no contraiga matrimonio dentro de los dos años subsiguientes al contrato (art. 1531).
625. c) CONDICIONES POSIBLES E IMPOSIBLES. Condición posible es la que se acomoda a las leyes de la naturaleza física, como que una persona vaya o deje de ir a Europa. Condición imposible es la contraria a las leyes de la naturale-

za física, como la de que el Sol gire alrededor de la Tierra o que esta deje de girar alrededor de aquel (art. 1532). La condición resolutoria imposible se tiene como no escrita (art. 1537, 3Q)

626. d) CONDICIONES LÍCITAS E ILÍCITAS. Condición lícita, que en la terminología del Código se denomina moralmente posible, es la que se acomoda a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, y es ilícita cuando contraría cualquiera de estos extremos, v. gr., cometer o dejar de cometer un asesinato (art. 1532). La condición resolutoria ilícita también se tiene como no escrita (art. 1537, 3Q).

627. e) CONDICIONES CASUALES, POTESTATIVAS Y MIXTAS. Casual es la condición que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; potestativa, la que depende de la voluntad de uno de los agentes; y mixta la que, en parte, depende de la voluntad de uno de los agentes y, en parte, de la voluntad de un tercero o de un acaso (art. 1534). La condición resolutoria potestativa es válida siempre, a diferencia de la condición suspensiva meramente potestativa, que dependa del solo querer del deudor (si voluero), que obstá in" limine la formación del vínculo obligatorio. La condición resolutoria potestativa implica siempre el derecho a resolver cuando se quiera el acto ya formado.

628. LOS"EFECTOS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA. Estos efectos dependen del estado de la condición. Mientras está pendiente, o sea, mientras no se sabe si el hecho que la constituye se realizará o no, el acto modalizado produce la plenitud de sus efectos. Si la condición resohitoriafalla, porque ya se sabe de cierto que el hecho positivo previsto no se realizará, o que el negativo ya se ha realizado, el acto continúa produciendo sus efectos hasta la consumación de aquellos. En fin, si la condición se cumPle, la eficacia del acto cesa para el futuro y, lo que es más, también obra

retroactivamente, o sea que borra los efectos que el acto haya alcanzado a producir, desde luego, en cuanto esto sea posible (art. 1544).
Sin embargo, en relación con los efectos de la condición resolutoria cumplida, proceden algunas distinciones tocantes a la retroactividad de ella, según se trate de los agentes o partes en el acto, o de terceros.
629. a) Los EFECTOS ENTRE LAS PARTES. 1) Lo que estas hubieren dado o pagado pendente conditione queda sujeto a las reglas del pago de lo no debido, o sea que elsolvens puede repetir contra elacciPiens (art. 1544), desde luego, en cuanto tal repetición sea posible, v. gr., que el caballo vendido todavía exista el cumplirse la condición.
2) La pérdida o deterioro de las especies o cuerpos ciertos son riesgos que corren por cuenta de quien haya de recibirlos en restitución, en cuanto la pérdida o el deterioro no sean imputables al deudor, pues, si lo son, este queda obligado a indemnizar a aquel. Y, a la inversa, el acreedor a la restitución se aprovecha de los aumentos o mejoras de la cosa, sin estar obligado a dar más por ella (art. 1543). Nótese que la ley a este respecto habla de aumentos y mejoras, pero no de las expensas necesarias que el deudor haya hecho para la conservación de la cosa, las cuales, por analogía y por equidad, le deben ser rembolsadas (art. 965).
3) Los frutos percibidos mientras pende la condición resolutoria, no deben ser restituidos (art.1545).
630. b) Los EFECTOS RESPECTO DE LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES. La determinación de dichos efectos se hace depender de la buena fe de dichos terceros. Si estos han adquirido de buena fe, o sea, desconociendo o no pudiendo conocer la condición resolutoria, derechos sobre la cosa cuya dación estaba sujeta a la condición, como el dominio o un derecho hipotecario, la enajenación o el gravamen constituido

en favor de ellos subsiste. Por el contrario, si dichos terceros han adquirido sus derechos conociendo o debiendo conocer la condición resolutoria, quedan sujetos a las acciones de reivindicación o de extinción de los gravámenes que en su contra promueva quien tenga derecho a ser restituido a la situación que tuviera al tiempo de la celebración del acto modalizado (arts. 1547 y 1548).

Ves e, por tanto, que en punto de la condición resolutoria, nuestra legislación se apartó de la antigua máxima, según la cual "resuelto el derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe" (resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis), que, aplicada con todo su rigor, sacrifica al tercero que ha adquirido un derecho sobre la cosa sin poder conocer la condición que afectaba el título de su causante, por ejemplo, porque tratándose de un inmueble dicha condición no constaba por escritura pública o esta no fue inscrita en el registro".

Recuérdese que el fundamento racional que se le ha asignado a la mencionada máxima resoluto jure dantis consiste en que al destruírse el título de la adquisición por el enajenante, quedan sin soporte las enajenaciones y gravámenes en favor de sus subadquirentes. Así, en aras de una lógica estricta se sacrificarían los dictados de la equidad que deben ser el norte y guía de la construcción jurídica y que al respecto imponen la protección a los terceros subadquirentes de buena fe.

Por esta razón es censurable la solución contraria que el Código estableceen materia de las nulidades, conforme a la cual la declaración judicial de estas abre la puerta a la reivindicación contra dichos subadquirentes, sin atender a su buena fe, que en tal materia, se repite, consistiría en el conocimiento o desconocimiento que los terceros pudieran tener de las causales de la nulidad del acto de su causante4.

631. LA DECLARACIÓN DE LA RESOLUCIÓN. Tema de prolongada y aún no cancelada discusión doctrinaria ha sido el de si la resolución de los actos jurídicos por el cumplimiento de la condición obra de jure, sin necesidad de una declaración judicial al respecto, o si, por el contrario, esta declaración es necesaria para que se produzcan los efectos que esta modalidad está llamada a producir.

La cuestión solamente se plantea en el campo general de las condiciones resolutorias distintas de la que consiste en el incumplimiento de los contratos, la cual supone siempre el ejercicio de la acción respectiva por el contratante insatisfecho. En el sentir de algunos, dichas condiciones obran iPso Jacto por su acaecimiento, y, en caso de controversia, la función del juez se limita a verificar dicho acaecimient05. Pero, según la opinión más generalizada y, a nuestro modo de ver, más acorde con la estructura filosófica del derecho privado moderno, la intervención judicial siempre es necesaria y debe realizarse mediante un fallo que haga tránsito a la cosa juzgada para que se puedan deducir los efectos de la disolución del contrato, cuales son la extinción de la eficacia futura del acto y la restitución de los agentes a la situación que tuvieran al tiempo de la celebración de él, retrotrayendo o reversando hasta dicho momento la eficacia que el acto hubiera alcanzado a producir antes de su resolución. Con otras palabras: para que se puedan surtir los efectos prácticos de la resolución del acto.se requiere ese fallo judicial que, po,r tanto, más que declarativo, es constitutivo, porque modifica una situación jurídica prexistente a su pronunciamiento, lo que no pueden hacer por sí y ante sí los interesados en ello, a quienes les está vedado "hacerse justicia por su propia mano':'. Según lo veremos adelante, esta solución se impone aun si se trata del anacronico pacto comisario, según el cual, en caso de incumplimiento de un contrato, este

queda resuelto ipso facto (ipso jure dicen los franceses), pues, de presentarse controversia entre las partes acerca del cumplimiento de esta condición, tal diferendo debe ser dirimido por un fallo judicial.

LA RESOLUCIÓN JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO

632. CONCEPTO. Este modo de disolverse los contratos se presenta cuando estos son privados total o parcialmente de su eficacia, a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes, si el contrato es bilateral, como si el comprador no paga el precio en la forma y tiempo debidos, o del incumplimiento de la única parte. obligada por el contrato unilateral, como si el comodatario destina la cosa a un fin distinto del estipulado. En tal caso, el contrato pierde su eficacia, por virtud de un fallo judicial estimatorio de la acción de resolución que ejerza el contratante insatisfecho.

633. CARACTERÍSTICAS. Del concepto expuesto resulta: 1) que el modo de disolución de que aquí se trata está circunscrito a los contratos, especialmente a los bilaterales (en los cuales obra por regla general, aunque también por excepción), puede ser procedente en ciertos contratos unilaterales; y 2) que
el motivo de la resolución es el incumplimiento culPoso del contrato, lo cual diferencia este modo de disolución de los contratos, de la inejecución de ellos determinada por fuerza

mayor o caso fortuito, circunstancia esta en que la imposibilidad de ejecución es un riesgo que también, por regla general,
extingue la eficacia del acto jurídico respectivo!.

634. RESEÑA HISTÓRICA. La resolución judicial por el incumplimiento de los contratos, tal como se da en la actualidad, es la resultante de un dilatado proceso de elaboración, en el que se han venido conjugando variadas concepciones doctrinarias e institucionales positivas.

Inicialmente el derecho romano ignoró la resolución por incumplimiento. A los acreedores solamente les reconoció el derecho de hacer efectivos sus créditos mediante procedimientos coactivos sobre la persona del obligado, y más tarde sobre sus bienes. Pero, entonces, el contrato subsistía incum plido y continuaba siendo obligatorio, aun para la parte insatisfecha.

Más tarde, el derecho honorario introdujo o reconoció otras figuras que mantenían la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales. Así, estableció en favor del deudor demandado la excepción de dolo (exceptio doli), destinada a enervar la acción ejecutiva del otro contratante, cuando este, a su vez, no hubiera cumplido las obligaciones a su cargo (exceptio non adimpleti contractus, en la terminología de los comentarios medievales).

Aceptó la lex commissoria (después llamada pacto comisorio), expedierlte fundado en la libertad de estipular condiciones resolutorias en general, y empleado en el contrato consensual de compraventa, como un medio adicional para compeler al deudor al pago del precio, so pena de que el acreedor pudiera declarar resuelto de Pleno derecho el contrato y así exonerarse de las obligaciones a su cargo, u obtener, mediante una condictio indebiti, la restitución de lo que ya

hubiera dado o pagado en razón de dicho contrato, disuelto por el acaecimiento de la condición resolutoria pactada. Y en fin, introducida -también por el derecho honorario romano-la categoría de los contratOS innominados (do ut des, do ut facias,facio ut des,facio ut facias), se estableciórespecto de ellos lacondictio causa data, causa non secuta, por medio de la cual el contratante que ya hubiera cumplido la prestación a su cargo podía repetirla contra el otro contratante que no ejecutara la suya.

Se ha dicho, aunque este aserto esté controvertido, que ya en la Edad Media, la lex commissoria o pacto de resolución iPso jure de la compraventa por el incumplimiento de pagar el precio se había convertido en una cláusula de estilo generalizada por el US02, y que, por ello, los canonistas la extendieron a todos los contratos, a manera de sanción para los deudores que no hicieran fe de sus promesas (fragenti fidem, non est fides servanda), extensión esta que fue acogida por los juristas laicos del siglo XVI, entre ellos DUMOULIN, quien ya claramente dictaminó, con la posterior aprobación de DOMAT y de PoTHIER, que la mencionada cláusula de resolución de los contratos por incumplimiento constituía una condición tácita o suben tendida en los contratos bilaterales3, tesis esta que, al ser acogida por los parlamentos franceses, esel antecedente próximo de la acción resolutoria por tal motivo. En efecto, el Código francés (art. 1184) y el nuestro (art. 1546), conservando la denomina

ción de condición resolutoria tácita y, por esto, incluyéndola en sus tratados de

las obligaciones condicionales, otorgan a cada una de las partes en los contratos bilaterales la opción para exigir a la otra parte el cumplimiento de las obligaciones a su cargd o para pedir la resolución del contrato, acción esta última que también se ~a respecto de ciertos contratos unilaterales.

Además, dichos Códigos, en m~m¿ria de la antigua lex commissoria, consagraron el pacto comisorio, en el contrato de compraventa. Agrégase a lo dicho que la doctrina y la jurisprudencia francesas, seguidas por las de los países influidos por ese sistema, han venido elaborando la teoría de la resolución por el incumplimiento de los contratos con base en criterios que, en su mayor parte, rememoran los antecedentes históricos de la institución.

635. EL FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. En la forma últimamente dicha se han propuesto varias explicaciones de esta figura, tales como las siguientes:

636. a) LA INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES. Según esta tesis, que se remonta a la lex commissoria romana, la resolución por incumplimiento es el efecto de la condición expresamente pactada por los contratantes y cuyo uso frecuente indujo más tarde á los canonistas y a los jurisconsultos laicos a Considerarla como una condición tácita o suben tendida en los contratos de Compraventa y demás contratos bilaterales. Tal fue la tesis de POTHIER4, acogida por el Código francés (art. 1184) y por el nuestro (art. 1546), lo cual explica por qué estos hablan de la condición resolutoria tácita y la incluyen en sus tratados de las obligaciones condicionales.

637. b) LA CAUSA. Según lo hemos visto, HENRI CAPITANT, apartándose de la opinión de DOMAT y de POTHIER, considera que en los,_sq~atos bilaterales la causa de las obligaciones a cargo de cada una de l~ partes'np consiste

en la obligación a cargo de la otra parte, sino en el ~mplimie9(0 de esta,

porque el fin que aquellas persiguen no es el de que .esa'0tra..párte contraiga la obligación correlativa, sino que la.~je<;ute, para que así se logre el fin pretendido. De esta suerte, el nombrado autor concluye que la noción de causa no solo obra en la formación de la mencionada especie de los contratos, sino que también preside su ejecución, en tal forma que si una de las partes no cumple, el contrato no puede subsistir por falta de la causa[5].

638. c) LA INTERDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES. Sin aceptar la precitada aplicación que CAPITANT pretende 'darle a la superada teoría de la causa de DOMAT, otros explican la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales por la naturaleza misma de estos, en los cuales la interdependencia de las obligaciones que producen (ultro citroque obligatio) obedece a que
el consentimiento que prestan los contratantes no recae separadamente sobre cada obligación, lo cual permitiría que cada una de ellas surgiera independientemente y explicaría la necesidad de una causa que las vinculara, tanto en su formación como en su ejecución.

639. d) UN DERECHO PRINCIPAL DEL ACREEDOR. Slegún esta tesis, el acreedor, además de los derechos principales para obtener la ejecución coactiva de las obligaciones a su favor o la indemnización de perjuicios, también por minis terio de la ley tiene otro derecho, igualmente principal, que lo faculta para desligarse del contrato incumplip.o por la otra parte, sin tener que esperar, como en el derecho romano común, a ser demandado por esta, para entonces sí proponer la excepción de dolo (exceptio doli) o la posteriormente denominada excepción de contrato no cumplido (conceptio non adimpleti contractus).

Además, este derecho principal autoriza al contratante insatisfecho para repetir lo ya dado o pagado por él; al igual que en Rom.a, .simplemente por
razones de equidad, se estableció para el efecto la condlctzo causa data causa non secuta para el caso de incumplimiento de los contratos innominados. Además, esta tesis, que prescinde de la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales para fundar la resolución en los dictados de la equidad, explica la eficacia de la institución en los contratos unilaterales, en los cuales ~al interdependencia no existe7.

640. e) LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. También se ha explicado la resolución de los contratos por incumplimiento, concretamente la resolución
judicial de ellos, como una aplicación de la teoría de la responsabilidad contractual. El contratante que incumple sus obligaciones perjudica a su acreedor y está obligado a indemnizarlo. Entonces, para lograr este propósito, al decretar el juez la resolución del contrato e imponerle al contratante incumplido la obligación de restituir lo que haya recibido en razón de dicho contrato, decide que esta restitución es ~n medio indemnizatorio, que puede ser suficiente si abarca la totalidad del perjuicio sufrido por el contratante insatisfecho, o que, de no serlo, puede ser complementado con una indemnización adicional8. Esta explicación se endereza a justificar el poder que los tribunales franceses se han arrogado para decidir discrecionalmente si decretan o no la resolución de los contratos, o si suplantando la autonomía de la voluntad privada que la ley reconoce a los contratantes, aquellos pueden a su arbitrio modificar la ley contractual, so pretexto de que en materia de la indemnización de perjuicios, ellos son soberanos para graduarla9. Igualmente, esta tesis ha conducido a que a la resolución de los contratos por incumplimiento

se le apliquen las directrices de la indemnización de perjuicios por el mismo motivo, según lo veremos adelante.
En suma, según puede verse, la institución actual de la resolución de los contratos por incumplimiento es la resultante de la evolución doctrinaria al respecto, la que ha venido determinando paulatinamente la mayoría de las características y ge los efectos qu; hoy se le atribuyen.

641. LA ACCIÓN RESOLUTORIA y EL PACTO COMISORIO. En el punto a que hemos llegado, ya conviene examinar, por separado, la acción resolutoria por incumplimiento y el pacto comisario.

l. La acción resolutoria por incumplimiento

642. CONCEPTO. Según ha quedado suficientemente explicado, la mencionada acción es ya una institución legal que obra de modo general en los contratos bilaterales o sinalagmáticos y, por excepción, en ciertos contratos
. unilaterales. Mediante esta acción el contratante insatisfecho puede, sin necesidad de estipulación alguna al respecto, liberarse de las prestaciones a su cargo y, lo que es más importante, obtener que se le restituya a la situación que tenía al tiempo de la celebración del contrato, retrotrayendo o reversando los efectos ya producidos por este en el interregno entre dicha celebración y el fallo resolutorio. Así, por ejemplo, en la compraventa, si el comprador no paga el precio en la forma y tiempo debidos, el ejercicio próspero de la acción resolutoria libera al vendedor de su obligación de hacer tradición de la cosa, y si ya la ha hecho, el fallo resolutorio lo habilita para obtener que se le restituya la cosa tradida. .

Cuál sea el fundamento racional o jurídico de esta acción es una cuestión teórica que interesa a los efectos que se le atribuyan, atendiendo a los distintos criterios que la doctrina ha postulado al respecto. Lo que importa
desde el punto de vista práctico es que dicha acción tiene ya un origen legal,
independiente de las estipulaciones expresas de los contratantes.

643. LA ACCIÓN RESOLUTORIA COMO DERECHO POTESTATIVO DE LOS CONTRATANTES. Al tenor del art. 1546 del Código Civil, "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

La redacción del texto legal trascrito abona la tesis doctrinaria de que la acción resolutoria es un derecho de los acreedores, tan principal como lo son la acción ejecutiva y la d~ indemnización de perjuicios, con la cual se conjuga.

A este último propósito resulta criticable la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia, según la cual la acción de indemnización de perjuicios pasaría a convertirse en una acción accesoria de las acciones de cumplimien
to o de resolución, en tal forma qu~a acción indemnizatoria no podría ejercerse independientemente de estasJo/EI error de esta tesis jurisprudencial salta a la vista si se tiene en cuenta que la acción de indemnización de perjuicios es un efecto general del incumplimiento de toda obligación, cualquiera que sea su fuente (el acto jurídico unipersonal, el hecho ilícito, el enriquecimiento sin causa), y no exclusivamente de las obligaciones contractuales. Quiere esto decir que, prescindiendo de esa interpretación exegética de un solo texto legal, la verdad es que los acreedores ex contractu tienen tres

opciones: la de pedir la ejecución coactiva, o la de solicitar la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, o la de pedir esta indemnización independientemente, cuando la ejecución ya no les interese o se haya hecho imposible por culpa del deudor, o cuando la resolución del contrato no les reporte otro beneficio que el de poder enervar las acciones
en su contral!-t

644. LA FACULTAD DEL JUEZ PARA RESOLVER O NO EL CONTRATO INCUMPLIDO. Al tratar de los efectos de los actos jurídicos dijimos que la eficacia normativa de estos se impone a los jueces, porque es en los particulares en quienes el legislador delega la potestad de regular mediante dichos actos sus propias relaciones, y no en los jueces, cuya misión es la de 'juzgar, según la ley" propiamente dicha, o según la "ley contractual" dictada por quienes están autorizados para ello. Frente a un acto jurídico que respete la ley imperativa y el orden público, la labor judicial se limita a averiguar la real intención de los agentes para hacerla prevalecer sobre su declaración ambigua, y a integrarla mediante la aplicación de las normas legales supletivas cuando sea deficiente. Pero si el juez se sustituye al legislador o a los contratantes incurre en una extralimitación o abuso del poder, que en nuestro ordenamiento es censurable en casación.

Pese a que la doctrina y aun la jurisprudencia francesas, y las de otros sistemas que en ellas se inspiran, acojan los principios expuestos acerca de la misión judicial y de sus limitaciones, los juzgadores de instancia, auspiciados por las mismas cortes de casación, se han arrogado un poder discrecional para aceptar o negar las acciones de resolución de los contratos incumplidos y para graduar, según su criterio, los efectos de la resolución, llegando hasta el extremo de

conceder a los contratantes morosos "plazos de gracia" para cumplir sus obligaciones.
Afortunadamente, entre nosotros esta tendencia disolvente del postulado de la normatividad de los actos jurídicos no ha tenido acogida. Nuestra jurisprudencia, apoyada vigorosamente por la doctrina, ha evitado las complacencias de los tribuinales franceses, reiterando el concepto de que la misión judicial no es soberana [ni creadora del derecho, sino que, dentro de los límites impuestos por la discreción, debe limitarse a interpretar la ley y, en su caso, la real voluntad de los contratantes. Así, en punto del cumplimiento de las obligaciones, no se ha aceptado la exótica institución de los "plazos de gracia", cuyo abuso en Francia y en otros países vulnera el derecho crediticio. Entre nosotros y en la materia en estudio, el único plazo de gracia, otorgado por la misma ley a los compradores morosos, es el de veinticuatro horas para cumplir después de la notificación de la demanda de resolución, y así evitar dicha resolución (art. 1937).

645. LAS CONDICIONES DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA. En consonancia con la tesis que funda la acciótl resolutoria por incumplimiento en la responsabilidad civil contractual, la doctrina, acogida reiteradamente por la jurisprudencia, inclusive por la nuestra, señala las siguientes condiciones o elementos axiológicos de la acción resolutoria: 1) la ausencia de culpa del actor, y 2) la mora del contratante demandado.
646. a) LA AUSENCIA DE CULPA DEL ACTOR. Para que la acción resolutoria pueda prosperar se requiere que el actor, a su turno, no haya incurrido en falta respecto de las obligaciones que el contrato bilateral le impone, pues, 'en caso contrario, dicha acción podría resultar enervada por la excep-

ción de contrato no cumplido propuesta por el otro contratante demandado.

La regla general en esta clase de los contratos bilaterales es la de que las obligaciones resultantes de ellos a cargo de las partes deben ser cumplidas por estas en forma simultánea (dando y dando), a menos que la ley o las estipulaciones pertinentes dispongan otra cosa. Así, en principio, celebrada una compraventa, el vendedor debe hacer la tradición y la entrega material de la cosa vendida y el comprador debe pagar el precio, ambos dentro del plazo necesario para cumplir inmediatamente estas prestaciones (art. 1551). Sin embargo, la ley autoriza al vendedor para demorar esa tradición y entrega de la cosa vendida, si habiéndose estipulado plazo para el pago del precio, hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que aquel se halle en peligro inminente de perder el precio, a menos que este se pague o se asegure (art. 1882 y C. de Co., arto 926). A la inversa, si el vendedor no hace oportunamente la tradición y la entrega de la cosa vendida, el comprador puede abstenerse de pagar el precio mientras el vendedor no cumpla o no se allane a cumplir esas prestaciones de su cargo (art. 1882). Igualmente, los contratantes pueden modalizar sus obligaciones respectivas, mediante plazos o condiciones para el cumplimiento de eUas (art. 1863). Así, se puede estipular que el vendedor posponga durante cierto plazo la tradición o la entrega de la cosa vendida o se sometan estas prest<jlciones a una
condición suspensiva, V. gr., a la entrega de dicha cosa por un: ar~endatario
actual de ella, y, a la inversa, también se puede estipular que el pago del precio por el comprador se haga dentro de cierto o ciertos plazos, o cuando se cumpla una condición, V. gr., la

de que no prospere una acción real instaurada por un tercero sobre la cosa vendida.
En todo caso, cada una de las partes contratantes debe cumplir sus obligaciones inmediatamente que estas se hagan exigibles. Así, siguiendo el cjcm¡Jlo, el vendedor debe hacer tradición y entrega de la cosa' una vez perfecck,nado el contrato, o vencido el término estipulado, o cumplida la condicioJ1 suspensiva, y de no hacerla, incurre en una falta que lo inhabilita para exigirle al comprador el pago del precio, aunque esta obligación también S~,l o se haya hecho exigible, y ello en virtud del principio que se enunCIa diciendo que "la mora purga la mora", fundamento de la excepción de contrato no cumPlido que consagra el art. 1609 del Código Civil en los siguienteS términos: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".
Ahora bien, el precitado principio, que mira a la exigibilidad del cumpli. miento de las obligaciones, en especie o por equivalencia (indemnización de perjuicios), ha sido aplicado también por la doctrina y la jurisprudencia en el campo de la acción resolutoria por incumplimiento, o sea que el ejercicio próspero de dicha acción se ha condicionado a que el actor haya cumplido sus obligaciones o se haya allanado a cumplirlasl3.
Dentro del mismo orden de ideas, constituye una falta a la buena fe contractual la pretensión del actor a que se declare resuelto el contrato por incumplimiento del demandado, cuando este se ha allanado a cumplir, mediante una oferta de pago al actor, que no haya sido aceptada por este, pues en tal caso dicho actor incurre en mora creditoria que también purga la mora del deudor demandado, sin que sea necesario

que este haya formulado una oferta judicial de pago por consignación 14.

En síntesis, para la prosperidad de la acción resolutoria de un contrato por incumplimiento del demandado se requiere que si dicho contrato es bi
lateral, el actor haya cumplido o se haya allanado a cumplir las obligaciones a su cargo y, además, que tampoco haya incurrido en mora creditoria que impida el allanamiento del deudor demandado.

647. b) LA MORA DEL CONTRATANTE DEMANDADO. Con fundamento en la tesis que ve en la acción resolutoria por incumplimiento una modalidad de la indemnización de perjuicios, la doctrina unánime y la jurisprudencia constante subordinan la prosperidad de la acción resolutoria a la mora del contratante demandado.

A este respecto, conviene recordar aquí los conceptos y lineamientos generales de la mora debitoria.

648. CONCEPTO DE LA MORA DEBITORIA. Idiomáticamente, las expresiones mora y retardo son sinónimas; pero, jurídicamente, la noción de la primera es más compleja que la segunda, porque aquella estructura una institución que apareja consecuencias diferentes y más importantes que las del simple retardo. En principio, el deudor tiene que cumplir su obligación cuando esta se hace exigible: si es pura y simple, desde su nacimiento; si es a plazo, al vencimiento de este; y si es condiciónal, al cumplirse la condición. Ahora bien, si el deudor no realiza la prestación debida en la respectiva oportunidad
. incurre en retardo y da lugar a la acción ejecutiva del acreedor, siempre qu~
este se encuentre provisto de un título que reúna las condiciones de fondo y de forma requeridas por las normas proce-

sales (C. de P. C., arto 488). A falta de dicho título, el acreedor tiene que obtener, por la vía del juicio ordinario
el decreto o sentencia de cumplimiento contra el deudor. Pero el simpl~
hecho del retardo en el pago no basta para que el deudor quede constituido en mora. Es además necesario, y en principio, que el acreedor requiera o reconvenga al deudor para que cumpla la obligación.

Con fundamento en las anteriores premisas, podemos definir la mora debitoria diciendo que es el retardo culpable del deudor en el cumPlimiento de su obligación, unido a la reconvención de parte del acreedor.

649. ELEMENTOS DE U.. MORA DEBITORIA. Son los que claramente resaltan en
la definición propuesta, a saber: el retardo, la culpa y la reconvención.

650. a) EL RETARDO. Consiste, según se dijo, en que el deudor retrase la ejecución de la prestación debida después del momento en que esta se hace exigible.

El retardo es requisito esencial de la mora y, por consiguiente, no existe esta donde aquel no se da. Así, el deudor no está en mora de cumplir obligación positiva (de dar o de hacer), a plazo o condicional, mientras esté pendiente el plazo o la condición, porque el retardo únicamente comienza con el vencimiento de aquel o con el cumplimiento de esta. Tampoco hay mora debitoria respecto de las obligaciones negativas, en cuya satisfacción no puede existir retardo, porque mientras el deudor se abstenga del hecho prohibido está cumpliendo y cuando lo realiza deja de cumplir, sin que pueda hablarse de retardo. Así se explica por qué la ley nunca habla de mora, refiriéndose a esta especie de obligaciones (C. C., arts. 1612 y 1615).

651. b) LA CULPA. N o es el caso de hacer aquí un examen pormenorizado de este elemento. Por ahora basta recordar tan solo que el derecho romano y, en general, el derecho latino han considerado uniformemente la mora debitoria como una especie de omisión dolosa o culposa, dándole así cariz esencialmente subjetivo. El derecho germánico ha llegado, por el contrario, a equiparar en ciertos casos los conceptos de la mora y el retardo. De suerte que, en tal sistema, el solo retardo, aun inculpable del deudor, denominado mora objetiva, puede conducir a la indemnización de perjuicios!?

Nuestro Código Civil se ciñe a la tradición latina y, en consecuencia, no acepta la mora objetiva: si el retardo proviene de un caso fortuito, o sea, de un hecho imprevisto a que el deudor no puede resistir, no hay mora ni se producen los efectos de esta. Tal es lo que impropiamente quiere significar el arto 1616, a cuyo tenor "la mora producida por fuerza mayor o caso forwito no da lugar a indemnización de perjuicios", cuando ha debido decir mejor que el retardo producido por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. .

652. c) LA RECONVENCIÓN. Para que el deudor quede constituido en mora y responda de los perjuicios ocasionados al acreedor, es también indispensable que este, mediante un acto formal que se denomina requerimiento o reconvención, exija de aquel el cumplimiento de la obligación. Hasta entonces se considera que dicho acreedor no sufre perjuicio alguno por el retardo; su silencio se interpreta como la concesión tácita de un plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la reconvención indica que el acreedor no está dispuesto a esperar más y sirve para notificarle al deudor que su retardo está ocasionándole peIjuicios que, de continuar, comprometerán la responsabilidad de estelB.

653. FORMA DE LA RECONVENCIÓN. El art.1608, ord. 32, del Código Civil exige la reconvención judicial del deudor para que quede constituido en mora. No basta, pues, el requerimiento extrajudicial, por enérgico que sea: no son suficientes, por ejemplo, el envío de una carta certificada, ni un reclamo verbal ante testigos, etc. La intervención judicial en la reconvención del deudor es, en nuestra legislación, solemnidad del acto, sin la cual carece de eficacialB his.
Creemos que en este punto nuestro Código resulta en exceso formalista, porque razonablemente no se ve la necesidad de hacer intervenir al
juez en el acto de constitución en mora del deudor, con todos los inconvenientes, expensas y dilaciones que apareja dicha intervención, especialmente en aquellos casos en que el deudor esté ausente o se oculte para eludir el requerimiento. Sin embargo, las graves consecuencias que trae consigo la mora debitoria tampoco justifican, como lo hace, por ejemplo, el sistema alemán, el dejar la forma del requerimiento al arbitrio del acreedor. La conveniencia se inclina a una posición intermedia: se podrían reconocer ciertas formas efectivas y seguras, como la reconvención por carta certificada y otras similares, que sin ofrecer peligro, obviaran los inconvenientes de la reconvención judicial.

654. NECESIDAD DE LA RECONVENCIÓN. En principio, la reconvención formal es requisito indispensable para la constitución en mora del deudor, lo que claramente se infiere del arto 1608, que, aparte de enunciar en sus ordinales primero y segundo dos casos especiales en que ella se estima sUperflua o legalmente se presume hecha, según dicen algunos, sienta regla general en su ordinal tercero al disponer que "en los demás casos el deudor está en mora
cuando ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

655. EXCEPCIONES A LA RECONVENCIÓN. Los mencionados casos especiales o excepcionales que contempla el citado artículo se refieren: el primero a la hipótesis de que se haya estipulado plazo para el cumplimiento de la obligación, y elsegundo a la de que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar.

656. a) ESTIPULACIÓN DE PLAZO. Si entre el acreedor y el deudor se ha pactado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de aquel y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvención, porque el deudor ya está prevenido, desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los perjuicios consiguientes. El aforismo dies interpellat pro homine describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, el que acogen, además de la nuestra, varias legislaciones modernas, tales la alemana, la italiana, etc. Por el contrario, en el Código francés y otros se establece para todos los casos la necesidad de reconvenir al deudor, aunque se permite a los contratantes renunciar expresamente a este requisito, insertando en el contrato la cláusula dies interpellat pro homine.

Pero, para evitar error muy frecuente, importa tener en cuenta que este principio no se aplica en el derecho colombiano a cualesquiera obligaciones a plazo, sino únicamente a aquellas que provienen de un contrato, como claramente lo dice el arto 1608, ord.1 2, al hablar del término estiPulado. En consecuencia, si la obligación a plazo es ex-

tracontractual, v. gr., si proviene de un testamento, le es aplicable el ord. 32 del propio artículo, que preceptúa la reconvención judicial. La razón de ser esta restricción es clara: dicho está que el principio dies interpellat pro homine se funda en la presunción de que el deudor queda advertido desde la celebración del contrato de que debe cumplir su obligación a más tardar al vencimiento del plazo que él mismo ha convenido; y, como es obvio, esta presunción no tiene cabida cuando la
obligación se ha originado en acto en que dicho deudor no ha participado, como lo es el testamento de su causante, que le impone la carga de pagar un legado.

Por último será necesaria la reconvención para constituir en mora al deudor de obligación a plazo, a pesar de que este haya sido estipulado por aquel, cuando la ley así lo dispone en casos especiales. Por ejemplo, conforme al arto 2007 del Código, para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, es necesario requerimiento del arrendador aun cuando haya precedido desahucio.

657. b) LA PRECLUSIÓN DE LA OPORTIlNIDAD. Según queda dicho, la reconvención al deudor tiene por objeto exigirle el cumplimiento de la obligación, so pena de incurrir en responsabilidad por los perjuicios que le ocasione el acreedOlp Pero tal requisito se hace innecesario y, por ello, la ley prescinde de él cuándo la prestación no ha podido ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar sin cumplir (art. 1608, ord. 22). Por ejemplo, se arrienda casa destinada a negocio de hotel por el término de un año, y el arrendador se obliga a realizar obras necesarias para adaptar el inmueble al objeto del arrendamiento/Es claro que si el arrendador deja pasar el año del contrato sin hacer las obras estipuladas, debe indemnizar al arrendatario los perjuicios causados y, por consiguiente, sobraría la reconven-

ción por parte de este, porque, vencido el contrato, el cumplimiento por parte del arrendador ya carecería de interés para el arrendatario. Otro ejemplo: una actriz se obliga a representar en el estreno de una obra teatral e
incumple su obligación. Habiendo pasado ya la fecha del estreno sería un
exabrupto exigirle al empresario que reconviniera a la actriz para que representara dicha obra en oportunidad pretérita, antes de poder pedir la indemnización de los perjuicios irrogados por el incumplimiento. De suerte que, en la hipótesis que se comenta, el Código Civil establece que el deudor queda constituido en mora sin necesidad de reconvención.

658. c) LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR Y LA RENUENCIA DEL DEUDOR. Con fundamento en los presupuestos de esta última excepción -que también se encuentra consagrada en el Código de N apoleón-, la doctrina y la jurisprudencia francesas han decidido que la reconvención para la constitución en mora del deudor tampoco es necesaria cuando el incumplimiento es definitivo, bien sea porque la prestación se haya hecho imposible, o bien porque el deudor se haya negado expresamente a ejecutarla. Por ejemplo, si este tiene que entregar un caballo en cierta fecha y antes,lo deja perecer de hambre, no hay razón para esperar al vencimiento del rlazo ni para reconvenir al deudor a fin de que verifique una entrega imposible para luego poder exigirle la indemnización de los perjuicios que le haya irrogado a su acreedor. De la propia manera, es superfluo el requerimiento al deudor que formalmente, vale decir, de modo expreso e inequívoco, ha declarado no estar dispuesto a cumplir1!). A nuestro modo de ver, esta solución, impuesta por la lógica y fundada en los principios que gobiernan la institución de la mora, es de recibo en el derecho colombiano.

Hemos puesto énfasis aquí en los conceptos y los lineamientos generales de la mora debitoria, para sostener de antemano la diferencia fundamental que se da entre la acción resolutoria por incumplimiento, o sea, por la inejecución culposa de un contrato, y la inejecución de este causada por la fuerza mayor o caso fortuito, figura esta que es materia de otra disciplina jurfales primero y segundo dos casos especiales en que ella se estima sUperflua
o legalmente se presume hecha, según dicen algunos, sienta regla general en
su ordinal tercero al disponer que "en los demás casos el deudor está en mora
cuando ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

655. EXCEPCIONES A LA RECONVENCIÓN. Los mencionados casos especiales
o excepcionales que contempla el citado artículo se refieren: el primero a la
h.i?ótesis de que se haya estipulad~ pla.z,? para el cump.limiento de la obliga
Clon, y el segundo a la de que la obhgacIOn no haya podIdo ser cumplida sino
dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar.

656. a) ESTIPULACIÓN DE PLAZO. Si entre el acreedor y el deudor se ha pac
tado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el
primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento
de aquel y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvención, porque el deudor ya
está prevenido, desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los

perjuicios consiguientes. El aforismo dies interpellat pro homine describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, el que acogen, además de la nuestra, varias legislaciones modernas, tales la alemana, la italiana, ete. Por el contrario, en el Código francés y otros se establece para todos los casos la necesidad de reconvenir al deudor, aunque se permite a los contratantes renunciar expresamente a este requisito, insertando en el contrato la cláusula dies interpellat pro homine.

Pero, para evitar error muy frecuente, importa tener en cuenta que este principio no se aplica en el derecho colombiano a cualesquiera obligaciones a plazo, sino únicamente a aquellas que provienen de un contrato, como claramente lo dice el arto 1608, ord.1Q, al hablar del término estipulado. En consecuencia, si la obligación a plazo es extracontractual, v. gr., si proviene
cie un testamento, le es aplicable el ord. 3Q del propio artículo, que preceptúa la reconvención judicial. La razón de ser esta restricción es clara: dicho está que el principio dies interpellat pro homine se funda en la presunción de que el deudor queda advertido desde la celebración de! contrato de que debe
cumplir su obligación a más tardar al vencimiento de! plazo que él mismo ha convenido; y, como es obvio, esta presunción no tiene cabida cuando la obligación se ha originado en acto en que dicho deudor no ha participado, como lo es el testamento de su causante, que le impone la carga de pagar un legado.

Por último será necesaria la reconvención para constituir en mora al deudor de obligación a plazo, a pesar de que este haya sido estipulado por aquel, cuando la ley así lo dispone en casos especiales. Por ejemplo, conforme al arto 2007 del Código, para que el arrendatario sea constituido en mora de

restituir la cosa arrendada, es necesario requerimiento del arrendador aun cuando haya precedido desahucio.

657. b) LA PRECLUSIÓN DE LA OPORTIJNIDAD. Según queda dicho, la reconvención al deudor tiene por objeto exigirle el cumplimiento de la obligación, so pena de incurrir en responsabilidad por los perjuicios que le ocasione el acreed01¡1 Pero tal requisito se hace innecesario y, por ello, la ley prescinde de él cuándo la prestación no ha podido ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar sin cumplir (art. 1608, ord. 2Q). Por ejemplo, se arrienda casa destinada a negocio de ha te! por e! término de un año, y e! arrendador se obliga a realizar obras necesarias para adaptar el inmueble al objeto del arrendamiento/Es claro que si el arrendador deja pasar e! año del contrato sin hacer las obras estipuladas, debe indemnizar al arrendatario los perjuicios causados y, por consiguiente, sobraría la reconvención por parte de este, porque, vencido el contrato, e! cumplimiento por parte del arrendador ya carecería de interés para el arrendatario. Otro ejemplo: una actriz se obliga a representar en el estreno de una obra teatral e incumple su obligación. Habiendo pasado ya la fecha del estreno sería un exabrupto exigirle al empresario que reconviniera a la actriz para que representara dicha obra en oportunidad pretérita, antes de poder pedir la indemnización de los perjuicios irrogados por el incumplimiento. De suerte que, en la hipótesis que se comenta, el Código Civil establece que e! deudor queda constituido en mora sin necesidad de reconvención.

658. c) LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR Y LA RENUENCIA DEL DEUDOR. Con fundamento en los presupuestos de esta última excepción -que también se encuentra consagrada en e! Código de N apoleón-, la doctrina y la

jurisprudencia francesas han decidido que la reconvención para la constitución en mora del deudor tampoco es necesaria cuando e! incumplimiento es definitivo, bien sea porque la prestación se haya hecho imposible, o bien porque el deudor se haya negado expresamente a ejecutarla. Por ejemplo, si este tiene que entregar un caballo en cierta fecha y antes .10 deja perecer de hambre, no hay razón para esperar al vencimiento del Rlazo ni para reconvenir al deudor a fin de que verifique una entrega impo~iblF' para luego poder exigirle la indemnización de los perjuicios que le haya irrogado a su acreedor. De la propia manera, es superfluo el requerimiento al deudor que formalmente, vale decir, de modo expreso e inequívoco, ha declarado no estar dispuesto a cumplir1!'. A nuestro modo de ver, esta solución, impuesta por la lógica y fundada en los principios que gobiernan la institución de la mora, es de recibo en el derecho colombiano.

Hemos puesto énfasis aquí en los conceptos y los lineamientos generales de la mora debitoria, para sostener de antemano la diferencia fundamental que se da entre la acción resolutoria por incumPlimiento, o sea, por la inejecución culposa de un contrato, y la inejecución de este causada por la fuerza mayor o caso fortuito, figura esta que es materia de otra disciplina jurídica diversa y específica, conocida con la denominación de la teoría de los riesgos, de la que adelante trataremos20.

659. Los EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL. Son estos, salvo una diferencia tocante a la restitución de los frutos, los mismos que se producen respecto de las partes y de los terceros a consecuencia del cumplimiento de cualquier condición resolutoria21.

660. a) Los EFECTOS ENTRE LAS PARTES. 1) La eficacia futura, o sea, la que aún no ha producido el contrato resuelto, queda extinguida.

2) La resolución era retroactivamente, en tal forma que los efectos ya produClCiOSPor el contrato antes de dicha resolución se retrotraen o reversan, en cuanto esto sea posible.

3) La pérdida o deterioro de las especies o cuerpos ciertos son riesgos que corren por cuenta de quien haya de recibidos en restitución, en cuanto aquellos no sean imputables al deudor, pues si lo son, este queda obligado a indemnizar a aquel y, a la inversa, el acreedor a la restitución se aprovecha de los aumentos y mejoras de la cosa, sin estar obligado a dar más por ella; no así de las expensas necesarias que el deudor haya hecho para la conservación de la cosa, las cuales le deben ser rembolsadas.

4) A diferencia de los casos en que la resolución del contrato no proviene del incumplimiento por una de las partes, los frutos percibidos antes de la resolución deben ser restituidos a título de indemnización del lucro cesante sufrido por la otra parte22;

5) Si la obligación de restituir a cargo de una de las partes se ha hecho imposible por culpa imputable a esta, dicha obligación se transforma en la de indemnización de perjuicios al acreedor.

Algunos consideran que otro efecto importante de la resolució~ judicial por incumplimiento sería el de que el actor no sufriría las con;secuencias de la insolvencia o de la quiebra del demandado, lo que no ocurriría si aquel, en vez de ejercer la acción resolutoria, optara por la de exigir el cumplimiento, pues, entonces, tendría que concurrir con los demás acreedores de dicho demandado, exponiéndose al prorrateo con ellos. De esta suerte, el actor en resolución se convertiría en un acreedor privilegiado23.

En nuestro sentir, la precitada tesis es inexacta y en todo caso inaplicable entre nosotros, pues el Código Civil, a vuelta de relacionar taxativamente las causas de preferencia o privilegio entre los créditos (arts.2493 a 2507), expresamente dispone que "la ley no.reconoce otras causas de preferencia que las instituidas en los artículos precedentes" (art. 2508). Entonces, como quien tiene derecho a ser restituido a consecuencia de la resolución
judicial de un contrato es titular de un crédito no relacionado entre las causas legales de preferencia o de privilegio, es un simple acreedor quirografario o balista que concurre con los demás acreedores de la misma clase.

661. b) Los EFECTOS RESPECTO DE LOS TERCEROS. También son estos efectos los mismos que se dan en el caso de la resolución de un contrato por el cumplimiento de cualquier condición resolutoria. Si el tercero que contrata con una de las partes es de buena fe, por ignorar la existencia de la condición, la resolución no lo afecta. Pero, si tenía conocimiento de dicha condición y, pese a ello, se arriesgó a contratar, sí sufre las consecuencias de la resolución del contrato de su causante. Así, si este le ha transferido una especie o cuerpo cierto o le ha constituido un gravamen sobre ella, queda expuesto a la acción de reivindicación de la cosa o a la extinción del gravamen, respectivamente24.

662. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN EN CIERTOS CASOS. En principio -y esta es una de las consecuencias más importantes de la resolución de los contratos- ella opera retroactivamente, con el fin de restituir a las partes al estado que tuvieran antes de la celebración de dichos contratos.

Sin embargo, este principio no es absoluto, pues, en ciertos casos, esa restitución es natural o jurídicamente imposible, por ejemplo, cuando la cosa por restituir ha perecido, o cuando el hecho o la abstención que constituye su objeto han sido prohibidos por la ley, como la dación o entrega de una droga nociva para la salud humana. En tales casos la obligación se extingue, pero si la imposibilidad de ejecución es imputable al deudor, dicha obligación es remplazada por la de indemnizarlos perjuicios al acreedor (art. 1546).

Sobre este tema de la imposibilidad de ejecución y de sus efectos generales volveremos al tratar de la teoría de los riesgos. Por el momento, lo que importa es advertir que la imposibilidad de ejecución obsta a la retroactividad de la resolución de los contratos.

A propósito, al estudiar la clasificación entre los contratos de ejecución instantánea y los de ejecución sucesiva2", vimos que la doctrina y la jurisprudencia inveteradas han acogido la tesis atribuida a los juristas franceses del siglo XVI, según la cual dicha clasificación constituiría el fundamento para reducir la figura de la resolución al campo de los contratos de <,;jecución instantánea, y para inventar, alIado de dicha figura, otra que, a su turno, solamente obraría respecto de los contratos de ejecución sucesiva, la de la terminación, cesación o exPiración (resiliation en Francia).
Así, repetimos, según la tesis mencionada, los contratos bilaterales yalgunos unilaterales pueden ser resueltos en caso de incumplimiento y la resolución opera retroactivamente, restituyendo a las partes al estado que tenían al tiempo de la celebración de aquellos (ex tunc). Ahora bien, se dice que esta regla es propia y exclusiva de los contratos de ejecución instantánea. Por el contrario, también se afirma que si e!

contrato es de ejecución sucesiva, la resolución no tiene efecto retroactivo, sino que obra solamente para el porvenir (ex nunc), o sea que pone término a la eficacia futura de aquel, pero deja en pie sus efectos ya producidos. Así, el incumplimiento de un arrendamiento solamente es causal de extinción de este: las obligaciones de! arrendador y del arrendatario terminan, pero sin que haya lugar a restituciones mutuas entre ellos, en razón de las prestaciones ya cumplidas con anterioridad. De aquí se concluye que los contratos de ejecución sucesiva que han comenzado a funcionar no son susceptibles deresolución propiamente dicha, sino de terminación, exPiración, cesación, etc. (resiliation), que extinguiría la eficacia futura del contrato (ex nunc), dejando incólumes los efectos ya producidos por él.
Igualmente, al criticar dicha tesis, explicamos que su formulación dogmática es inexacta y es el fruto de una petición de principio, pues la retroactividad o irretroactividad de la resolución no depende del lugar que caprichosa o acertadamente se le asigne al contrato, sino de la naturaleza de las prestaciones que este produce y de la posibilidad o imposibilidad de reversarlas. Así lo han entendido también algunos autores franceses, quienes por ello niegan la resiliation de los contratos de ejecución sucesiva y los someten al régimen de la resolución.

II. El pacto comisorio

663. CONCEPTO. El pacto comisorio consiste en la estipulación expresa en un contrato de que el incumplimiento de la parte obligada o de una de las partes obligadas dará derecho a

la otra para resolver o para pedir la resolución de dicho contrato.

664. HISTORIA. Al reseñar la evolución de la acción resolutoria por incumplimiento, vimos que el origen de esta institución se remonta a la lex commissoria del derecho romano, posteriormente denominada pacto comisorio o cláusula comisoria, primeramente aplicable al contrato de compraventa y después a los contratos innominados. Allí vimos que dicha lex commissoria consistía en estipular expresamente en los mencionados contratos bilaterales que, en caso de incumplimiento por una de las partes, la otra podía declarar resuelto ipso facto o ipso jure el contrato, cual si dicho incumplimiento constituyera una condición como cualquiera otra.

Ya desde el momento en que los canonistas y jurisconsultos laicos aceptaron el incumplimiento de los contratos bilaterales y, después, de algunos unilaterales, como una condición resolutoria tácita o suben tendida en ellos, parecería que el pacto comisario, o sea, la estipulación expresa de resolución, por tal motivo, habría de quedar sin oficio y, por ende, desaparecer en el derecho moderno.

Sin embargo, esto no ocurrió así, porque al convertirse la mencionada condición resolutoria tácita en una verdadera acción resolutoria, implicaba siempre la intervención de los jueces para el pronunciamiento de la resolución del contrato, al paso que la lex commissoria romana, equiparada a cualquier condición lícita, producía el mismo efecto general de estas, o sea, la resolución ipso facto o ipso jure, prescindiendo de tal intervención judicial y de las consiguientes demoras y perjuicios del acreedor insatisfecho, para quien era y es más ventajoso decidir por sí mismo si persevera o no en el contra-

to incumplido por su contraparte. De ahí que sistemas modernos, como el francés, hayan conservado el pacto comisario, cuyo efecto tradiciónal es el de dejar a discreción del acreedor insatisfecho la opción de perseverar en el contrato y exigir su cumplimiento, o de declarado resuelto y exigir las restituciones a que tenga derecho.

Además, el mencionado pacto comisario ha cobrado todavía mayor importancia en algunos sistemas, como el mencionado francés, en los cuales los tribunales se han arrogado la facultad de declarar o no la resolución pedida por el actor, según la apreciación discrecional que ellos hagan de la falta cometida por el contratante demandado, de la gravedad del perjuicio que esta falta le cause al actor, del momento en que deba considerarse resuelto el contrato, de la medida en que haya de operar la retroactividad de la resolución, etc., a lo cual se agrega que dichos tribunales, de ordinario, usan también de la facultad que se les reconoce de conceder "plazos de gracia" al demandado, y hasta llegando al extremo de aceptar el cumplimiento por este antes del pronunciamiento del fallo de resolución. Con otras palabras: lo que conforme a la leyes una opción otorgada el contratante insatisfecho, se ha convertido, por obra de la jurisprudencia, en una opción de los jueces para decretar o no, a su discreción, la resolución pedida por dicho contratante. De ahí que, para evitar la incertidumbre así creada, el pacto comisario, con la estipulación expresa de resolución ipso jure o ipso facto por el incumplimiento del contrato, se haya convertido en una cláusula de estilo en los referidos sistemas.

Pero, aun así, dicho pacto comisario no es del agrado de los tribunales franceses, y esto por dos razones: porque consideran que dicho pacto conduce a que los contratantes se hagan

justicia por su propia mano, reduciendo la función de aquellos a constatar que el contratante insatisfecho ha Optado por la resolución del contrato, y, en segundo término, porque ven en tal pacto el peligro de que dicho contratante abuse de su derecho, dejando sin
defensa alguna al contratante incumplido "quien ha podido prestarse a aceptar el pacto sin medir sus consecuencias". Entonces, basándose en estos argumentos, que en el fondo tienden a conservar la facultad de que se han autoconferido para desconocer o modificar la ley contractual, los tribunales han recurrido como último expediente a negar la eficacia del pacto comisario cuando él se limite a expresar que, en caso de incumplimiento del contrato este se resolverá ipso iure o ipso facto, o a voluntad del contratante insatisfecho, sino que exigen además el empleo de una fórmula sacramental que expresamente diga que tal resolución operará sin la intervención de los tribunales.

665. EL PACTO COMISORIO EN EL DERECHO COLOMBIANO. Rememorando el primer paso que en el derecho romano dio la resolución de los contratos con el reconocimiento de la lex commissoria en el contrato de compraventa, nuestro Código Civil consagra sus arts. 1935 a 1938, inclusive, que forman parte del referido contrato especial, a la reglamentación del pacto comisorio.

666. CONCEPTO. Declara el arto 1935: "Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta, y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse".

Tiénese, por tanto, que la nota característica del pacto comisario consiste en la estipulación expresa de que la compraventa quedará resuelta en el caso de que el comprador no pague el precio al tiempo convenido.

667. CLASIFICACIÓN DEL PACTO COMISORIO. Dícese que dicho pacto es simple cuando los contratantes se limitan a estipular que la falta del pago oportuno del precio dará lugar a la resolución de la compraventa, y se dice que dicho pacto es ordinario o calificado cuando a dicha estipulación se agrega, conforme al arto 1937, que por el motivo indicado el contrato se resolverá ipso facto.

668. LOS EFECTOS DEL PACTO COMISORIO SIMPLE. Estos no difieren de los efectos de la acción resolutoria, pues, conforme al ya citado arto 1935, que es una aplicación del 1546, relativo a todos los contratos bilaterales, la estipulación en que consiste dicho pacto se tiene siempre por subentendida en tal clase de contratos. Significa lo dicho que el pacto comisario simple carece de toda utilidad práctica; como gráficamente decía nuestro profesor GONZÁLEZ VALENCIA, estipular expresa y simplemente que la venta se resolverá por la falta del pago del precio estipulado "es llover sobre mojado". De ahí que dicho arto 1935 debiera derogarse, ya que solo se presta y se ha prestado a confusiones. Con otras palabras: hayan estipulado expresamente las partes la causal mencionada o hayan dejado de hacerla, para obtener la resolución del contrato, la parte insatisfecha siempre tendrá que ejercer la acción que la ley le confiere. Por ello, resulta superflua la aplicación al pacto comisario simple del arto 1936, según el cual dicho pacto no priva al vendedor de la opción que le confiere el arto 1930 para exigir el pago del precio o la resolución de la venta.

669. Los EFECTOS DEL PACTO COMISORIO ORDINARIO. Los consagra el art. 1937 en estos términos: "Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerla subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la presentación de la demanda".

A diferencia del derecho frañces, en el cual, según hemos visto, el pacto comisario calificado por los contratantes como de resolución automática o de pleno derecho del contrato tiene como efecto la prescindencia de la aleatoria intervención, el arto 1937 trascrita no acepta esa resolución automática, como quiera que expresamente exige la presentación de una demanda, o sea, el ejercicio de la acción resolutoria, lo que ya le quita todo interés al pacto para el contratante insatisfecho, quien así queda en las mismas condiciones que si hubiera estipulado un pacto comisario o simple, o no hubiera estipulado ninguno.
Podría pensarse que este defecto del pacto comisario ordinario podría subsanarse, si el juez, luego de haberse vencido el plazo de gracia que la ley, y no él, le otorga al contratante demandado para pagar el precio, declararse resuelta automáticamente la venta. Pero esto no es así, porque teniendo que rituarse la acción por la vía procesal ordinaria, todos los trámites de esta hasta la sentencia estimatoria y los recursos contra ella tienen que surtirse y máxime si el contratante demandado prQPo11e excepciones (C. de P. C., arts. 396 y ss.). De esta suerte, el pacto comisoJio <Ordinario viene a no diferenciarse en nada de la acción resolutoria expre~a Ú tácita, punto en el cual la jurisprudencia de nuestra Corte

Suprema de Justicia es bien contradictoria34.

Por consiguiente, resulta que dicho~ pacto, reconocido por el derecho en favor del contratante insatisfecho, en nuestro sistema se convierte en una ventaja para el contratante incumplido, quien puede enervar la acción resolutoria pagando el precio dentro del plazo de gracia de las veinticuatro horas que le confiere la ley, caso en el cual el juez sí debe dictar sin más trámites sentencia en que declare extinguida la obligación pagada (C. de P. c., arto 406).

En suma: el pacto comisario en cualquiera de sus modalidades en nada aprovecha al demandante insatisfecho, pero sí al contratante incumplido.

670. LA CADUCIDAD DEL PACTO COMISORIO. Conforme al arto 1938, "el pacto.
comisario prescribe [mejor sería decir caduca] al plazo prefijado por las partes si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Trascurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno".

Esta disposición es tan inútil como la consagración legal de! pacto de que se trata, puesto que a la postre dicho pacto acaba por confundirse con la acción resolutoria tácita, la que queda a salvo pese a la estipulación del pacto, según lo declara e! art. 1938, y cuyo término de prescripción es el ordinario de veinte años.

671. LA GENERAUZACIÓN DEL PACTO COMISORIO. Aunque la ley lo establezca en punto del contrato de compraventa, extensivo al de permuta (art. 1958), es claro que puede estipularse en cualquiera otra especie de contrato, porque el incumplimiento de este puede lícitamente erigirse por los contratantes en una condición resolutoria expresa que nada le

agrega ni le quita a la condición resolutoria tácita de todos los contratos bilaterales por e! mismo motivo. Solo que, al hacerla, desaparecería el único efecto que la ley le atribuye, cual es el del plazo de gracia para el contratante incumplido, porque la disposición del art. 1937 es de excepción y, por ende, de interpretación restrictiva, y el juez no podría tampoco concederlo, porque su facultad para fijar plazos para el cumplimiento de las obligaciones solamente tiene cabida en los casos especiales que las leyes designen, lo que no han hecho respecto del ejercicio de la acción resolutoria en general (art. 1551).

672. LA RENUNCIA A LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS. La jurisprudencia francesa ha dictaminado que a la acción resolutqria;por incumplimiento no se puede renunciar, sino después de ocurrido tal incumplimient035.
Tal solución es contraria a la autonomía de la vbluntad privada, porque no existe razón alguna de orden público que impida tal renuncia. En nuestro ordenamiento tal cuestión es indiscutible frente al art. 15 del Código Civil, que expresamente autoriza la renuncia de los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés del renunciante y que no esté prohi
bida su renuncia.
Así, el interesado en cualquier condición resolutoria expresa o tácita puede renunciar a ella, a menos que la ley se lo prohibiera, y puede renunciar a la acción resolutoria por incumplimiento, la que puede llegar a convertirse en un obstáculo para otros negocios, v. gr., para la obtención de un crédito que deba ser garantizado con la hipoteca de! inmueble vendido a plazo, ya que de no renunciar e! vendedor a dicha acción resolutoria, el prestamista se
negaría a concederle e! crédito al comprador.

Pero el vendedor o el permutante insatisfechos no pueden renunciar al pacto comisario ordinario sin el consentimiento del contratante incumplido, porque dicho pacto curiosamente solo interesa a este, tanto por el beneficio que le reporta el que aquel tenga que demandarlo, como por gozar además del plazo de gracia que la ley le concede.
De todo lo expuesto respecto al pacto comisario se concluye que, de no hacerla más operante, evitando las demoras perjudiciales que implica e! dispendioso trámite de la acción resolutoria, con grave perjuicio para e! contratante insatisfecho, sería preferible abolir esta institución inoficiosa y contraproducente de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPíTULO V

LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN EN GENERAL

673. PRECISIÓN. En el capítulo anterior estudiamos la resolución de los contratos por incumplimiento, vale decir, por la inejecución culposa de las obligaciones a cargo de una de las partes en los contratos bilaterales o de las obligaciones de la única parte obligada en los contratos unilaterales. En el presente capítulo avocaremos el examen de la imposibilidad sobreviniente de ejecución de los actos jurídicos obligatorios en general, y de la incidencia que dicha imposibilidad tiene

sobre la eficacia parcial o total de aquellos actos. Para ello, analizaremos separadamente tres cuestiones a saber: 1. La imposibilidad de ejecución; lI. La extinción de las obligaciones imposibles, y IlI. La teoría de los riesgos.

l. La imposibilidad de ejecución

674. CONCEPTO. Al estudiar el objeto de los actos jurídicos, vimos que entre sus requisitos legales se cuentan su posibilidad natural y su licitud o posibilidad rJwral, según la denomina el Código Civil].

La posibilidad natural del objeto consiste en que las prestaciones materia del acto estén de acuerdo con las leyes de la naturaleza física, y su imposibilidad en contrariadas, como cuando dichas prestaciones consisten en la dación o entrega de un ser mítico, o de cosa ya perecida, o en tocar el cielo con la mano, oen detener el sol, etc.2. La licitud o posibilidad moral del objeto consiste en que las prestaciones del acto se acomoden a las leyes imperativas, al orden público y a las buenas costumbres, y su ilicitud o imposibilidad moral, en contrariar estos extremos, v. gr., cuando se estipula la comisión de un delito.

675. LA IMPOSIBILIDAD LIMINAR. Si al tiempo del otorgamiento o celebración del acto su objeto es naturalmente imposible por contrariar las leyes de la naturaleza YJ además, esta imposibilidad es absoluta (erga omnes) y permanenté, el acto no puede formarse, es inexistente como un acto jurídico; y si en tal momento el objeto es ilícito o moralmente imposible, el a~to se for
ma, pero está condenado a la declaración de su nulidad absoluta".

676. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE. Aquí tocamos ya el fondo de nuestro tema actual-la incidencia de la imposibilidad de ejecución de las prestaciones materia de un acto sobre la eficacia de este-, cuando esa imposibilidad sobreviene con posterioridad al otorgamiento o celebración de dicho acto. Las cuestiones que en tal caso se suscitan son las ya entmciadas: ¿en qué medida se afecta la eficacia del acto, y quién debe padecer las repercusiones
jurídico-económicas que apareja la imposibilidad de ejecución?

n. La extinción de las obligaciones imposibles

677. EL PRINCIPIO. Sobrevenida la imposibilidad absoluta y permanente de ejecución de una prestación, la respectiva obligación se extingue, por aplicación del principio conforme al cual nadie está obligado a lo imposible (impossibilium nulla obligatio est). Así, si la cosa que se debe dar o entregar perece
en el interregno entre el otorgamiento o celebración del acto y el momento en que la obligación deba ser cumplida, esta se extingue y lo propio sucede si la ley coloca dicha cosa fuera del comercio.

Pero esto no significa que, por tal motivo, el deudor quede siempre liberado frente al acreedor, porque ello depende de la responsabilidad que le quepa o no en el advenimiento de la imposibilidad de ejecución de lo debido. Así, si esta imposibilidad proviene de su culpa, como cuando la cosa que se debe dar o entregar perece por su descuido o negligencia, esta obligación se
extingue en especie; pero da lugar a otra obligación distinta, la de indemnizarle al acreedor los perjuicios que le haya irrogad07. Por el contrario, si el cumplimiento de la obliga-

ción se ha hecho imposible a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, o sea, de un hecho extraño al deudor, imprevisible e irresistible, como si la cosa perece al ser destruida por un rayo o
! terremoto, entonces el deudor sí queda totalmente liberado frente a su acreedor, a menos que el caso fortuito haya ocurrido estando aquel constituido en mora de cumplir, o que se haya expuesto imprudentemente al peligro, o que haya asumido la responsabilidad por dicho caso fortuito.

Ves e, por lo expuesto, que la imposibilidad de ejecución de una obligación generada por un acto jurídico, si bien extingue esta obligación en especie, no siempre deja a dicho acto sin eficacia alguna. Agréguese a esto que la eficacia o ineficacia del acto por tal motivo también depende del trata miento jurídico que se le dé a la cuestión de los riesgos, según lo veremos ade
lante\) .

678. EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. A imitación de sus modelos, este Código trata en el título XIX del libro IV "De la pérdida de la cosa que se debe", reduciendo así la imposibilidad de ejecución de los actos jurídicos al campo de las obligaciones de dar o entregar especie o cuerpo cierto, cuando dicha imposibilidad obra respecto de toda clase de obligaciones de dar, de hacer o
de no hacer. Además, los arts. 1729 a 1739, que componen dicho tratado y sus aplicaciones a ciertas materias especiales, se limitan a determinar el efecto extintivo del fenómeno sobre la obligación que se ha hecho imposible y a valorar la responsabilidad que le cabe o no al deudor, según que la pérdida de la cosa sea imputable a su culpa o que provenga de un caso fortuito extraño a su conducta.

No es, pues, exacto, conforme lo creen algunos, que los mencionados artículos consagren la teoría de los riesgos, a la cual se refieren otras disposiciones distintas de la misma obra, las que comentaremos en su oportunidad.

679. CONCEPTO DE LA PÉRDIDA. Dícese en el lenguaje corriente que una cosa se pierde, sin referencia a persona, cuando se daña, y especialmente cuando perece por destrucción. Pero esta voz la toma el Código en una acepción mucho más amplia, tocante ya a la imposibilidad general de ejecutar las obligaciones de dar o de entregar las cosas a que se refieran, o por destrucción, o por exclusión del comercio, o por extravío de estas. El arto 1729 pre
ceptúa: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvas empero las excepciones de los artículos subsiguientes". De manera que la imposibilidad que el texto legal trascrito
contempla como equivalente a la pérdida de la cosa, no es solamente la física o material, sino también la moral, denominada así por el Código en relación con el objeto ilícito, como lo es el tráfico de las cosas que la ley ha puesto fuera del comercio por razones atinentes al orden público y a las buenas costumbres (arts. 1518 y 1521).

680. QUÉ COSAS SE PIERDEN. El mencionado arto 1729 habla de cuerpo cierto para atribuirle a la pérdida de esta clase de cosas corporales el efecto que consiste en la extinción de la respectiva obligación; de donde podría inferirse equivocadamente que tal extinción nunca se produciría respecto de las obligaciones que versen sobre cosas de género. El texto legal se informa en un

concepto jurídico, no real. En realidad, todas las cosas pueden perderse, más aún, indefectiblemente todas perecen. Pero, en el laboratorio de la construcción jurídica, donde ya se trata de determinar si una obligación se extingue o no por perención o extravío definitivo de una cosa, se distingue si esta es
fungible (dellatínfungere: funcionar), vale decir, jurídicamente intercambiable por otra, o si no lo es, criterio que preside la clasificación de las obligaciones en obligaciones de género y de especie o cuerpo cierto, respectivamente. En las primeras, las cosas que constituyen su objeto solamente están determinadas por su género y su cantidad, como cien kilos de trigo, lo que permite que el deudor pueda pagar su deuda con cualesquiera cien kilos de trigo de mediana calidad, aunque el trigo que él tuviese destinado para el efecto hubiese perecido en un incendio. De aquí el aforismo los géneros no perecen (genera non pereunt), empleado para significar que, mientras el género debido exista, la obligación del deudor no se extingue por imposibilidad de ejecución. Por el contrario, si la obligación es de especie o cuerpo cierto, la cosa está singularizada en tal forma que ya no es fungible con otra del mismo género, como el caballo Sultán que, al constituir objeto de una obligación de dar o de entregar, tiene que ser la precisa materia del pago: ni el deudor puede obligar al acreedor a recibir otro caballo distinto, ni el acreedor puede exigirle a aquel otro caballo que no sea Sultán. Entonces, si este se pierde, la obligación de cuerpo cierto sí se extingue por imposibilidad de ejecución.
Pero la regla genera non pereunt no es absoluta, pues si las partes han determinado el objeto mediante la fúación de un género limitado (genus limitatus vel proximissimus), comocien kilos de trigo que el deudor tiene en su granero, la pérdi-

da de todo este género también extingue la obligación, al igual que si fuese de' cuerpo cierto.
De otro lado, como el art. 1729 equipara la incomerciabilidad de las cosas a su pérdida material, resulta que cuando ellas son de género, como las drogas alucinógenas, su exclusión del tráfico jurídico también conduce a extinguir la respectiva obligación por imposibilidad de ejecución.

681. EFECTOS DE LA PÉRDIDA DE LA COSA. Para determinarlos, deben distinguirse dos hipótesis ep q.ue se sitúan todas las reglas consignadas en el comentado título del Códlgoiy que, según se verá, son meras aplicaciones de las normas generales que gobiernan la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, salvas algunas reglas que sí son especiales; tales hipótesis son: la pérdida no es imputable al deudor, o sí lo es.

682. a) LA PÉRDIDA NO ES IMPUTABLE AL DEUDOR.
1) El art. 1729 preceptúa: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece..., se extingue la obligación...". No pudiéndose dar o entregar precisamente la cosa queya no existe o que la ley ha puesto fuera del comercio, hay imposibilidad de cumplir, física o moral, respectivamente, y por tanto, la obligación se extingue por ineludible aplicación de la máxima impossibilium nulla obligatio est (no puede haber obligación a lo imposible).
2) El deudor, en principio, no responde por el caso fortuito, pero si lo alega debe probarlo (art. 1604); tampoco responde de la pérdida fortuita de la cosa, pero tiene que probar tal circunstancia (art. 1733).
3) El hecho o culpa de un tercero que no depende ni es mandatario del deudor se asimila al caso fortuito; el deudor queda a salvo por la pérdida de la cosa, causada por personas de

quienes no sea responsable (art. 1738). Pero, en este caso, el acreedor puede exigir que el deudor le ceda las acciones que tenga contra las personas responsables (art. 1736).

4) La culpa exclusiva del acreedor (mora creditoria) también exonera al deudor de responsabilidad; la destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de este en recibirla, no hace responsable al deudor, sino por culpa grave o dolo (arts. 1605 y 1739).

683. b) LA PÉRDIDA ES IMPUTABLE AL DEUDOR. 1) Aunque el cuerpo cierto (o el género limitado, en su caso) perezca por dolo o culpa del deudor, la conclusión del art. 1729 es invariable: la obligación se extingue; su cumplimiento se hace imposible, lo que necesariamente da lugar a la aplicación de la ya citada máxima impossibilium nulla obligatio esto Es, por tanto, inexacta la afirmación que, en contradicción con el efecto invariable señalado por el art. 1729, contiene el art. 1731: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa ya indemnizar al acreedor" (se subraya). No; la obligación no subsiste, ya nunca podrá ser cumplida. Lo que ocurre es que la culpa del deudor, causante de los perjuicios que sufre el acreedor, le impone a aquel una obligación nueva y distinta: la indemnizatoria que, de ordinario, tiene por objeto una suma de dinero representativa de una satisfacción por equivalencia del crédito frustrado. Dícese que esto no es así, porque, de admitirse, se estaría en presencia de una novación que extinguiría las garantías de la obligación novada 11. El argumento prueba mucho y no prueba nada. En la novación puede darse la reserva de las garantías por la voluntad de los contratantes; luego, con mayor razón, la ley puede hacer esta reserva para la obligación indemnizatoria que remplaza la

obligación principal incumplida, y esto para la mejor protección del derecho del acreedor, y aun en detrimento de los terceros garantes de la buena fe y diligencia del deudor.
2) Las obligaciones de dar o de entregar cuerpo cierto (y también las de igual clase que versen sobre cosas de un género limitado) implican la de conservar dichas' cosas hasta su entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor (art. 1605). Pero, según los principios generales, para que esta sanción sea aplicable at deudor es necesario que este quebrante los dictados de la buena fe y de la diligencia que rigen su conducta (arts. 1603 y 1604); se presume que el incumplimiento de la obligación es culposo (art. 1604), presunción que es desvirtuable por el deudor, mediante la prueba de la diligencIa debida o del caso fortuito exonerante de responsabilidad (ibídem). Aplicada esta preceptiva general a la pérdida de la cosa debida, el deudor solo responde de esta cuando ocurre por su hecho o culpa, lo que se presume cuando la cosa perece en su poder (art. 1730); pero esta presunción es legal y, por tanto, desvirtuable, acreditando el deudor la prestación de la diligencia debida o el caso fortuito que alega (arts. 1604 y 1733).
3) La indemnización de perjuicios se causa desde el momento en que el deudor queda constituido en mora, si la obligación es positiva (art. 1615), porque, al darse la mora, ya entra a jugar la presunción de culpa en el retardo, la cual, lógicamente, debe ser desvirtuada por el deudor, probando, por ejemplo -si alega un caso fortuito-, que este es anterior a la mora, ya que el posterior no destruye la situación creada por esta (art. 1604). Pero, en cuanto a la pérdida de la cosa debida, estas normas rectoras sufren modificaciones: el caso fortuito posterior, siendo de aquellos que hubieran dañado la cosa, aun si hubiese sido entregada al acreedor, atenúa la responsabilidad del deudor, reduciéndola a la indemnización moratoria o por

el retardo, o sea, excluyendo de dicha indemnización el precio de la cosa (indemnización compensatoria), que sí se debería en el caso contrario, es decir, cuando el caso fortuito no hubiera dañado la cosa, de haber sido oportunamente entregada al acreedor (arts. 1604 y 1731). Sin embargo, el caso fortuito y la circunstancia de que este también habría hecho perecer la cosa en poder del acreedor deben ser probados por el deudor, 10 que de por sí es bastante difícil (art. 1733).

4) Si, en principio, y según quedó visto en el apartado anterior, el caso fortuito no compromete la responsabilidad del deudor, sí hay lugar a esta cuando dicho deudor ha asumido expresamente todo caso fortuito o el alegado por él (arts. 1604 y 1732).

5) Conforme al art. 1738, "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hech<¡> o culpa de las personas por quienes fuere responsable". Es esta una aplicacion ;de la regla según la cual el hecho o culpadel tercero solamente constittlye (caso fortuito exonerante cuando el tercero es extraño al deudor, no así cuando es su dependiente o comisionado.

6) El art. 1735 no le permite al deudor que ha hurtado o robado una cosa que se pierde en su poder exonerarse de responsabilidad alegando un caso fortuito, aun de aquellos que la hubieran destruido en poder del acreedor.

7) Finalmente, el art. 1737 atenúa la responsabilidad del deudor cuando la cosa perece por un hecho voluntario suyo, si este ignoraba la obligación. En esta coyuntura, la indemnización se reduce al precio de la cosa.

684. EL EXTRAVÍO DE LA COSA. Ya vimos que el art. 1729, que implica una definición de la Pérdida de las cosas, incluye en esta desaparición o extravío de ellas, con el efecto extintivo de la respectiva obligación. Pero, como es obvio,

para que este efecto se produzca dicha desaparición debe ser tll!{initiva, ya que carecería de sentido jurídico declarar extinguida la obligación al tratarse de un extravío temporal. Por ello, es superflua la aclaración que hace e! arto 1734 al decir que "si reaparece la cosa perdida, cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio".

III. La teoría de los riesgos

A) Generalidades

685. PRECISIÓN. En los apartados 1 y II de este capítulo hemos definido en qué consiste la imposibilidad sobreviniente de las prestaciones que son materia de los actos jurídicos, y hemos determinado el primero de los efectos que apareja dicha imposibilidad, cual es el de la extinción de la obligación u obligaciones que se han hecho imposibles.
Igualmente dejamos en claro allí que si bien es cierto que esa imposibilidad de ejecución extingue la obligación u obligaciones respectivas, porque estas ya no se pueden cumplir en especie, esto no significa que el deudor siempre quede liberado frente a su acreedor, porque si la imposibilidad se debe a su culpa, y aun si ha asumido la responsabilidad por el caso fortui to, la extinguida obligación en especie es remplazada por la de indemnizar los perjuicios irrogados al acreedor.
Ahora bien, en el presente apartado abordamos otra cuestión distinta que suscita la imposibilidad de ejecución, cual es la que consiste en averiguar quién debe soportar las repercusiones patrimoniales que apareja la inejecución de las obligaciones extinguidas, cuando ella proviene de un caso fortuito de que e! deudor no tenga que responder, cuestión esta que

constituye el objeto de la tradicionalmente denominada teoría de los riesgos.

686. CONCEPTO DEL RIESGO. Conforme a esta última precisión, se entiende por riesgo el detrimento patrimonial que acarrea la extinción de las obligaciones causada por el caso fortuito o fuerza mayor de que e! deudor no sea responsable.
Sabido es que la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, "es e! imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos [actos] de autoridad ejercidos por un funcionario público, ete.". (Ley 95 de 1890, arto 12); y que reunidas las dos condiciones de esta definición: la imprevisibilidad de! hecho fortuito y la imposibilidad de resistirlo, siendo dicha iraposibilidad absoluta (erga omnes), no relativa del deudor que se haya obligado más allá de sus capacidades, y siendo además permanente y no transitoria, la obligación u obligaciones afectadas'por el caso fortuito se extinguen y el deudor o deudores, en principio, quedan liberados frente a los acreedores. Decimos en principio, porque según ya lo
vimos en los apartados anteriores, un deudor también responde del caso fortuito ocurrido estando en mora, o cuando lo ha asumido.

Por consiguiente, según se comprende, la liberación del deudor, tanto de su obligación en especie, extinguida por la imposibilidad de ejecución, como de su responsabilidad por el caso fortuito que excluya el remplazo de dicha obligación por la de indemnización de perjuicios al acreedor, le acarrea a este último una pérdida patrimonial, o sea, que es él quien corre el riesgo del caso fortuito.

687. EL ÁMBITO DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS. De las explicaciones precedentes se colige que esta teoría tiene eficacia en todo el campo de las obligaciones, cualesquiera que sean la naturaleza de estas (de dar, de hacer o de no hacer) y las fuentes de ellas, porque siempre que una obligación se extingue por el caso fortuito exonerante de la responsabilidad del deudor, dicha extinción afecta la totalidad del vínculo obligatorio, o sea, ladeuda del sujeto pasivo o deudor y el crédito del sujeto activo o acreedor, quien pierde la prestación que podía exigir y tampoco recibe compensación alguna.

Es, por tanto, inexacta la tesis doctrinaria tradicional que restringe el ámbito de la teoría de los riesgos al campo contractual y, más aún, al de los contratos bilateralesl3. Y todavía es más criticable la reducción de dicha teoría a los contratos que generan obligaciones de dar o entregar especies o cuerpos ciertos, conforme lo hace nuestro Código Civil, también inspirado en una antigua tradición doctrinaria y legislativa.
Lo cierto al respecto es que, sin perjuicio de la efectividad de la teoría en todo el campo de las obligaciones, con el fin de adjudicarle al acreedor o al deudor el riesgo del caso fortuito, donde dicha teoría cobra mayor relieve y ha suscitado controversias doctrinarias, aún no canceladas, es respecto de los contratos bilaterales, entre ellos, los productores de obligaciones de dar o entregar especie~ o cuerpos ciertos, contratos a través de los cuales se ha enfocado indcibidamente la teoría. En efecto, es en esta clase de contratos bilaterales doÚde¡ surge una grave cuestión tocante a los dictados de la equidad y a la naturaleza jurídica de aquellos, a saber: extinguida por caso fortuito la obligación a cargo de una de las partes, como la que tiene el vendedor de hacer tradición de la cosa vendi-

da, ¿subsiste la obligación correlativa a cargo del comprador de pagar el precio o, por el contrario, esta también se extingue? Si lo primero, el riesgo lo sufre el comprador, quien debe pagar el precio sin recibir nada en cambio; si lo segundo, lo sufre el vendedor, quien, aunque no quede obligado a dar la cosa, pierde el precio convenido. Tal es el
quid de la más que milenaria polémica entre los jurisconsultos al respecto.

688. HISTORIA DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS. La trayectoria de esta figura es como sIgue:

689. EL DERECHO ROMANO. Sabido es que los prudentes fueron ajenos a la formulación de teorías generales, como las que les han adjudicado sus glosadores e intérpretes, sino que ellos fueron elaborando sus doctrinas e instituciones maestras en forma casuística y al ritmo de las necesidades del desarrollo social.
Así, en cuanto a la imposibilidad de ejecución causada por el caso fortuito, luego de haberse introducido el contrato consensual de compraventa (emptio-venditio), resolvieron que el riesgo de la pérdida de la cosa
vendida, por tal motivo, era del comprador, aunque el vendedor todavía no le hubiese hecho a este la tradición de dicha cosa, mediante la cual adquiría el dominio sobre ella. Tal fue la solución que se consagró respecto de la compraventa, después de otros contratos, y que pasó a la legislación de Justiniano .

690. EL DERECHO MEDIOEV AL E INTERMEDIO. Confundidos algunos glosadores por la incongruencia que creyeron encontrar entre la precitada solución romana, refe-

rente a la pérdida de la cosa a cargo del comprador, y el sistema establecido por la misma legislación respecto de la adquisición del dominio por acto entre vivos, la cual tenía efecto, no por el contrato (título), sino por la tradición de la cosa al adquirente (modo), resolvieron pasar por alto los claros textos que establecían aquella solución sobre los riesgos, y así formularon una falsa teoría contraria, según la cual el riesgo por la pérdida de la cosa sería de cargo del dueño (res perit domino). Por tanto, si en el contrato de compraventa la cosa perecía antes de la tradición, el riesgo correspondería al vendedor, por no haber dejado este de ser el dueño de el 1 al 5.
No obstante esta opinión casi insular, la solución romana sobre los riesgos fue acatada por la mayoría de los civilistas medioevales, por una legislación de la misma época -las Siete Partidas, de don Alfonso el Sabioll;y por juristas de la época del derecho intermedio europeo.
Significa lo dicho que contra la falsa teoría de los mencionados glosadores medioevales, según la cual la cosa perecería siempre para el dueño (res perit domino), la doctrina continuó aplicando la fórmula romana, según la cual la pérdida de la cosa antes de su entrega es de cargo del acreedor, fórmula que, generalizada a todos los contratos, se enunció con la máxima de que la cosa perece para el acreedor (res perit creditori), la que tampoco es de factura romana.

691. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Este estatuto, que también consagra la solución romana en materia de los riesgos, introdujo una modificación trascendental en punto de la transferencia del dominio por acto entre vivos, ya sugerida por POTHIER 18. Consistió dicha modificación en atribuirles a los contratos denominados traslaticios del dominio, por cuanto se enderezan a la trasferencia de este derecho o de

otros derechos reales, la virtualidad de producir por sí mismos tal efecto, o sea, con prescindencia de la ulterior tradición de la cosa, modo este exigido por la legislación romana y por las inspiradas en ella. De esta suerte, según el mencionado Código, el dominio y los derechos reales sobre las cosas se trasfiere entre vivos, por el solo consentimiento expresado por las partes en el contrato traslaticio; porque -dicen los defensores de esta reforma-lo que vale en la trasferencia de los derechos reales es la voluntad de las partes y no el simple hecho material de la entrega de la cosal9.
Sin embargo, el mismo Código conservó la solución romana que atribuyó el riesgo de la pérdida fortuita de la cosa al acreedor a su entrega material o a su restitución (art. 1138).
La apreciación conjunta de estas dos determinaciones del Código francés ha dado pie para afirmar que esta obra acoge la tesis medioeval res perit domino, ya que -dicen ellos- si el solo contrato traslaticio, como la compraventa, hace dueño al comprador, si la cosa perece fortuitamente antes de ser entregada a este por el vendedor; dicha pérdida es un riesgo que corre quien ya es el dueño de ella2°.

B) La teoría en el Código Civil colombiano

692. LA REGLAMENTACiÓN LEGAL. Este rechaza la innovación francesa respecto de la trasferencia de los derechos reales por el solo contrato traslaticio y regresa,al sistema romano que, además de este contrato (título), exige para el efe~to ,la tradición de la cosa (modo) (arts. 740 a 753)21, Y, por otra parte, el Código también acoge la solución romana y española en punto del riesgo de la cosa que es materia de una obligación de dar o entregar, o sea que atribuye dicho riesgo

al acreedor, en cuanto el deudor de la dación o entrega no tenga que responder del caso fortuito que la destruya o deteriore. Preceptúan los arts. 1605 a 1607, lo siguiente: Art. 1605: "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservada hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir". Att. 1606: "La obligación de conservar la Cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado"; y Art. 1607: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega" .

Del contexto de las disposiciones legales trascritas resulta que nuestro Código, siguiendo la inveterada tradición latina, consagra la teoría de los riesgos, limitando su campo de acción al de las obligaciones de dar o de entregar especie o cuerpo cierto, con las siguientes determinaciones:

a) En el mencionado campo la eficacia de la teoría es general: no se reduce, por ejemplo, a la obligación del vendedor de hacer tradición y entrega de la cosa vendida, sino que abarca todas las obligaciones de dar o entregar especie o cuerpo cierto, cualesquiera que sean las fuentes de ellas y sin establecer diferencia alguna en razón de la naturaleza específica de dichas fuentes, v.gr., atendiendo a si la obligación proviene de un acto unipersonal, o de un contrato unilateral, o de un contrato bilateral, etc.

b) Si la cosa objeto de una obligación de dada o entregada perece por caso fortuito de que el deudor no tenga que responder, la obligación se extingue; el deudor queda liberado y el acreedor soporta el riesgo (res perit creditori).

Esta solución tiene como fundamento prinCipal el de que, en el tiempo intermedio entre el nacimiento de la obligación de dar o de entregar una especie o cuerpo cierto y el cumplimiento oportuno ¡tle la obligación solo se le exige al deudor que emplee en la custodia y cons~rvación de esta cosa el debido cuidado, según las reglas establecidas a este respecto por el art. 1604, que acoge la teoría medioeval de la prestación de las culpas. Por tanto, si el deudor no está en mora de entregar y ha cuidado la cosa con la debida diligencia, nada tiene que reprocharle el acreedor por la ext.inción de su crédito, a consecuencia de la imposibilidad de que este le sea satisfecho.

c) Excepcionalmente, la comentada solución se invierte respecto de las ventas a prueba o de cosas de género que deban ser cÓntadas, pesadas o medidas, o de las ventas sujetas a condición suspensiva, o de la asunción por el deudor del caso fortuito, o de la venta de un conjuntr) de cosas de género (universitates rerum distantium), casos estos en que el riesgo es del vendedor (arts. 1604 y 1876 a 1879).

693. CRÍTICA AL SISTEMA LEGAL. Lo primero que hay que observar es el enfoque casuístico que el Código, siguiendo la tradición latina, le da a la teoría de los riesgos, como si esta solamente pudiera obrar en el campo de las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, siendo así que el problema que confronta dicha teoría se da respecto de toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su objeto. En efecto, la imposibilidad de ejecución determinada por un caso fortuito o fuerza mayor siempre extingue la obligación r~spectiva, sea esta de dar, o de hacer, o de no hacer, por aplicación del principio natural ad impossibilium nulla obligatio esto Luego, en tal caso, siempre surge el dilema de si el

riesgo, o sea, la pérdida patrimonial, la sufre el deudor o el acreedor.
Para la solución de este dilema hay que tener en cuenta que la obligación de conservación de la cosa debida hasta su entrega al acreedor, apenas si es una aplicación particular de los principios generales de la buena fe y de la diligencia que todo deudor debe observar para que la prestación respectiva (dar, hacer o no hacer) pueda ser ejecutada en la forma y tiempo debidos. Entonces, si sobreviene la imposibilidad de ejecución de dicha prestación y ella no es imputable a la conducta dolosa o culposa del deudor, sino al hecho fortuito, el riesgo patrimonial siempre afecta al acreedor, cuyo crédito no puede ser satisfecho ni tampoco tiene que ser compensado por el deudor.
En segundo término, es censurable la solución uniforme que nuestro Código y sus modelos, por las razones históricas ya apuntadas, le dan a la teoría de los riesgos, aun dentro del estrecho marco que le asignan a ella. En efecto, la atribucióníndiscriminada al acreedor del riesgo por imposibilidad fortuita en la ejecución de las obligaciones pasa por alto la naturaleza específica de los contratos bilaterales y los dictados de la equidad que reclaman su consideración y aplicación en dicha clase de contratos.

Que el riesgo que apareja la imposibilidad fortuita de cumplimiento de las obligaciones provenientes de cualesquiera fuentes, inclusive de los actos unipersonales y de los contratos unilaterales, deba ser soportado por el a~reedor, es una solución no solamente lógica, sino también abonada por la equi~ad, porque no existe razón alguna valedera para asignarle al deudor respbnsabilidad alguna por la pérdida que sufre el acreedor. De la propia manera que es lógico y jurídico que las cosas que no son objeto de un vínculo obligatorio perez-

can para su dueño, quien, por tal motivo, no puede ejercer las facultades inherentes a su derecho real sobre dicha cosa, es lógico y jurídico que si un derecho crediticio se extingue y ya no puede ser ejercido por su titular, sin responsabilidad alguna del deudor, ello implique una pérdida patrimonial para el acreedor.

Pero la cuestión cambia de cariz cuando se plantea en el campo de los contratos bilaterales, porque en este caso ya no se trata de resolver, solamente a la luz de la lógica, si el crédito correlativo a la deuda que se extingue por imposibilidad de ejecución también se extingue, lo cual es claro, por virtud de la unidad del vínculo que ata al deudor y al acreedor, sino de averiguar qué sucede con la obligación correlativa contraída por este acreedor y cuya ejecución continúa siendo posible. Por ejemplo, si se trata de una compraventa de especie o cuerpo cierto y este perece a consecuencia de un caso fortuito exoneran te de responsabilidad para el deudor, es claro y lógico que
el acreedor no puede exigirle a aquel ni un cumplimienlo en especie ni una
indemnización compensatoria. Pero la cuestión rebasa este.aspecto, porque de inmediato surge el interrogante de si el comprador, obligado por el contrato a pagar el precio convenido -prestación esta que continúta siendo posible-, debe cumplirla o no. Pues bien, las respuestas de nuestro Código y la de sus modelos es la afirmativa: el comprador debe pagar el precio, aunque ya nada pueda recibir como contraprestación del deudor.

Varias explicaciones se han propuesto parajustificar esta solución. Así, ya hemos visto que en la doctrina francesa se ha dicho que, como en su Código Civil el comprador se hace dueño de la cosa en virtúd del solo contrato traslaticio, si esta perece fortuitamente, el riesgo es de quien ya es dueño de ella

(res perit domino), y no porque dicho comprador sea acreedor a la entrega de dicha cosa. No vale la pena criticar aquí esta tesis, porque al haber rechazado nuestro Código la innovación francesa de que el dominio y demás derechos reales se adquieren por el contrato traslaticio (título) y no por la tradición (modo), la comentada solución legal de que el riesgo lo corre el comprador estructura la consagración del principio contrario res perit creditori.

También se ha dicho, siguiendo a POTHIER, para apuntalar la solución francesa, que así como el vendedor que está en mora de entregar la cosa vendida no puede exigirle al comprador el pago del precio, porque tal exigencia podría ser enervada por la excepción de contrato no cumplido, si la obligación del vendedor se ha extinguido por un caso fortuito exoneran te de responsabilidad, la mencionada excepción ya no podría proponerla el comprador demandado para el pago del precio, porque, no habIendo faltado aquel a su obligación de conservar la cosa con la diligencia y el cuidado debidos, ha cumplido lo de su cargo, y, entonces, mal puede argüirse¡ en' su contra el principio de que "la mora purga la mora" que es el fundamento ,de dicha excepción. En conclusión, el comprador demandado para el pago del precio solamente podría defenderse probando que esta obligación se ha extinguido por alguno de los medios establecidos por la ley, entre los cuales no figura el de la extinción de las obligaciones correlativas.

Tales son, entre otros, los argumentos de mayor peso esgrimidos por los defensores de la solución tradicional que, al negarle a la parte en un contrato bilateral, que es acreedora a la dación o entrega de un cuerpo cierto, la exoneración de la obligación correlativa a su cargo, arroja sobre esta todo el riesgo patrimonial de la pérdida fortuita de dicha cosa.

694. LA INTERDEPENDENCIA DE LAS OBUGACIONES EN LOS CONTRATOS BILATERALES. Pero los precitados argumentos no han sido unánimemente aceptados por la doctrina que, de tiempo atrás, viene criticando acerbamente esa solución tradicional de origen romano, por considerar, con razón en nuestro sentir, que estaignora la verdadera naturaleza de los contratos bilaterales y que,
en aras de una lógica más o menos discutible, sacrifica los dictados de la equidad que deben presidir toda construcción jurídica23.
En la concepción moderna de los contratos bilaterales está ya fuera de discusión que la característica esencial de estos es la reciProcidad de las obligaciones que generan entre las partes, la que produce una interdependencia insoluble entre aquellas. Esta interdependencia, cualquiera que sea la explicación que se le dé o se haya dado, ha sido el fundamento de instituciones clásicas, hoy de validez indiscutida, como la excepción de contrato no cumplido y la resolución por incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes en dichos contratos. Resulta, por tanto, injustificable la supervivencia de la solución romana en materia de los riesgos en tales contratos, la que ignora esa interdependencia y supone que las obligaciones que estos producen son autónomas y, por ende, cada una de ellas sometida a un régimen propio de cumplimiento y de extinción, igual al que gobierna las obligaciones de un contrato unilateral.
Según lo hemos visto, varias son las explicaciones que se han propuesto para explicar dicha interdependencia entre las obligaciones generadas por los contratos bilaterales.
Así, no otro fue el origen de la falsa teoría de la causa inventada por DOMAT. No encontrando él la razón de esa interdependencia en ninguno de los elementos que hasta entonces la doctrina había erigido como requisitos para la existencia y la

validez de los actos jurídicos, como lo eran el consentimiento sano, la capacidad legal, el objeto lícito y la forma solemne, con base en una interpretación falsa de los contratos innominados romanos, que eran unilaterales, se ingynió un nuevo requisito para las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales modernos: la causa real y lícita24. En esta clase de contratos las obligaciones a cargo de cada una de las partes tendrían por causa de las obligaciones a cargo de la otra parte, en tal forma que, faltando la causa, así entendida, o siendo esta falsa o ilícita, el contrato sería nulo.

Hemos referido también la modificación que a la precitada teoría le introdujo CAPITANT, conforme a la cual esa vinculación causal entre las obligaciones en los contratos bilaterales no se limitaría al nacimiento de ellas, como si solo fuese un requisito para la formación y validez de tales contratos, sino que se conservaría posteriormente y determinaría el régimen pertinente a la ejecución de dichas ob~gaciones. Así, la teoría de la causa de DOMAT, ampliada en esta forma, sería el fundamento de la acción resolutoria por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes en los contratos de tal clase y de la excepción de contrato no cumplido, propia de ellos25. Igualmente, esta concepción ampliada de la teoría de la causa ha servido de base para la crítica de la teoría tradicional de los riesgos, en cuanto esta ignora esa interdependenciacausalde las obligaciones en los contratos bilaterales y, por ello, contra la equidad, concluye que la extinción fortuita de las obligaciones a cargo de una de las partes en ellos no extingue las obligaciones a cargo de la otra; que así la pérdida fortuita de la cosa vendida deja subsistente la obligación del comprador de pagar el precio, a pesar de que la causa de esta, la razón por la cual dicho comprador la contrajo, a la postre, resulte frustrada2fi.

Aun sin aceptar la precedente explicación que funda la vinculación de las obligaciones recíprocas en los contratos bilaterales en ese elemento extraño que DOMAT creyó haber descubierto (la causa), la doctrina acepta, hoy puede decirse en forma unánime, la interdependencia entre aquellas, fundada en la naturaleza de los contratos de tal clase y del consentimiento específico que preside su celebración, el cual recae conjunta y simultáneamente sobre tales obligaciones, y no separadamente sobre cada una de ellas, como si se tratara de objetos distintos. Esta fue la posición que compartimos al criticar la mencionada teoría de la causa de DOMAT27.

Entonces dijimos -lo que aquí conviene repetir por su estrecha vinculación con el tema que se desarrolla-: "La sola naturaleza específica del moderno contrato bilateral explica la interdependencia de las obligaciones que este produce sin necesidad de recurrir a ese extraño y pretendido requisito adicional inventado por DOMAT y sus discípulos y que consistiría, según ellos, en el fin directo e inmediato perseguido por cada uno de los contratantes. Desde el momento mismo en que dos personas celebran un contrato sinalagmático quieren que este produzca obligaciones para ambas partes y no solamente para una de ellas. Está, pues, en su consentimiento mismo que el contrato se forme como sinalagmático y que genere efectos[co~o tal. Si se trata, por ejemplo, de la compraventa de una casa, el vendedqr, rrediante un acto único e indivisible de su voluntad, consiente en contraer la obligación de trasferir la propiedad de esa casa a cambio del precio estipulado, y es arbitrario suponer en él dos actos intelectuales distintos e independientes, a saber: uno encaminado a la enajenación de la casa (consentimiento) y otro encaminado a la consecución del precio (causa). Por consiguiente, basta el análisis del consentimiento necesario para la formación de los contratos sinalagmáticos para encontrar

todo el fundamento y la explicáción de la interdependencia de las obligaciones recíprocas que producen, sin necesidad alguna de inventar para el efecto otro requisito distinto de dicho consentimiento: o ambas partes consienten en que el contrato produzca obligaciones recíprocas entre ellas (ultra citroque obligatio), o el contrato sinalagmático no puede perfeccionarse por falta del consentimiento adecuado".

Sea cual fuere la explicación que se le dé a la comentada característica de los contratos bilaterales, lo cierto es que ella es innegable y que la teoría tradicional de los riesgos la contraría, así como también que esta es inequitativa.

A este último propósito nos parece que es inobjetable que al deudor se le exima de responsabilidad cuando el cumplimiento de su obligación, cualquiera que sea su fuente, se ha hecho imposible a consecuencia de un caso fortuito, como también es inobjetable la misma solución respecto de los contratos unilaterales; pero, respecto de los contratos bilaterales, carece de razón justificativa el que se coloque al acreedor de la obligación que se ha hecho imposible en la necesidad de cumplir la de su cargo, pues esto equivale a hacerla responsable de ese caso fortuito respecto del cual él es tan extraño como el otro contratante liberado, máxime cuando desde la celebración misma del contrato el consentimiento prestado por cada una de las partes condicionaba las prestaciones a su cargo a la efectiva ejecución de las prestaciones de la contraparte.

C) La moderna teoría mixta

695. LA FOIU,,!ULACIÓN DE LA TEORÍA. Las graves y fundadas críticas a la teoría de los riesgos, tal como ha sido tradicionalmente concebida y tratada legislativamente, ha conducido a la doctrina a formular una solución mixta, cada día mayoritariamente compartida, conforme a la cual en los contratos bilaterales productivos de obligaciones de dar o

entregar una especie o cuerpo cierto, tales como la compraventa y la permuta, si ellas devienen imposibles por un caso fortuito de que el deudor no tenga que responder, la otra parte debe cumplir las obligaciones de su cargo, porque infortunadamente así 10 manda la ley;' pero qo así en todos los demás contratos bilaterales, "los que se regirían por el derecho común", y en los cuales las obligaciones reCÍprocas de las partes se extinguirían simultáneamente por la imposibilidad fortuita de ejecución de las que son de cargo de uno de los contratantes.

696. EL FUNDAMENTO DE LA TEORÍA MIXTA. Cualquiera que sea la explicación que se le quiera dar a la interdependencia de las obligaciones generadas por los contratos bilaterales, lo cierto es que la doctrina moderna resalta dicha característica para declarar la liberación de la parte en dichos contratos que no pueda ser satisfecha por la imposibilidad fortuita de cumplimiento de las obligaciones a cargo deja contraparte. Agrégase a lo dicho que esta solución no es extraña a los ordenamientos positivos que, como el nuestro, consagran el principio res perit creditori respecto de las obligaciones de dar o entregar especie o cuerpo cierto. Así, además de las excepciones legales a este principio en el campo mismo de las mencionadas obligaciones, y a las cuales ya nos hemos referid02~), existen otras disposiciones particulares que exoneran de sus obligaciones a la parte en un contrato bilateral cuando las de su contraparte se han hecho imposibles de cumplir por caso fortuito: el arrendamiento de cosas termina por la destrucción o inutilización de la cosa arrendada, aun por vicio no conocido por el arrendador (art.1990), o por la extinción del derecho del arrendador por una causa independiente de su voluntad, ocurrida antes del término pactado (art. 2016), en el contrato de confección de obra

material, la pérdida fortuita de la materia es un riesgo que corre el dueño de la materia (res perit domino), aun en el caso de que el artífice se haya obligado a suministrada (art. 2057) o sea, cuando dicho contrato se reputa de compraventa (art. 2053).

En todos estos casos, la imposibilidad fortuita extingue totalmente la eficacia del contrato bilateral y no solamente las obligaciones de una de las partes, lo cual implica que sea el propio legislador quien considere que en tales contratos las obligaciones que producen están condicionadas entre sí a que puedan ser ejecutadas y las partes recíprocamente satisfechas.

Entonces, generalizando esta solución a todos los contratos bilaterales, respecto de los cuales la ley no haya establecido excepción en contrario, la doctrina, por el mismo procedimiento que empleó en la elaboración de la teoría de la resolución judicial de dichos contratos por el incumplimiento de una de las partes, ha llegado a considerar que en ellos existe una condición tácita de que la imposibilidad fortuita de ejecución de las obligaciones de una de las partes también acarrea la extinción de las de la otra parte30.

697. Los EFECTOS DE LA TEORÍA MIXTA. Ya hemos determinado cuáles son los efectos que, conforme a la ley, se producen cuando el contrato bilateral genera obligaciones de dar o entregar especie o cuerpo cierto que antes de su entrega perece por caso fortuito de que el deudor no responda, v. gr., la compraventa y la permuta, por lo cual no incurrimos aquí en repetición;

Réstanos, por tanto, la determinación de los efectos de dicho caso fortuito en los contratos bilaterales que tengan por objeto obligaciones distintas de las mencionadas, a saber: en los contratos sobre cosas de género, o sobre hechos que no consistan en la dación o entrega de cosas, o sobre abstenciones.

Pues bien, la imposibilidad de ejecución en estos contratos bilaterales, respecto de los cuales la teoría mixta predica la aplicación del principio general que ella invoca, produciría los siguientes efectos:

1) La imposibilidad fortuita de ejecución de las obligaciones a cargo de una de las partes disuelve el contrato, o sea que extingue su eficacia respecto de ambos o de todos los contratantes, al igual que si dicho contrato hubiese sido judicialmente resuelto.

2) A diferencia de la resolución, la disolución del contrato por imposibilidad fortuita de ejecución opera iPso jure o iPso Jacto, o sea, sin necesidad de un pronunciamiento judicial al respecto. La función del juez en caso de litigio entre los contratantes se reduce a verificar el acaecimiento o no acaecimiento del caso fortuito disolvente del contrato, causal cuya prueba corresponde a la parte en el proceso que la alega, y a deducir las consecuencias pertinentes. Así, demandado el deudor para que cumpla en especie o para que indemnice al otro contratante, propuesta y acreditada la excepción de caso fortuito, el juez debe declarar probada dicha excepción; y, a la inversa, demandado el contratante insatisfecho para que cumpla la obligación de su cargo, a este le basta proponer y acreditar como excepción la de disolución del contrato por el motivo dicho.

3) La disolución del contrato por la causal de que se trata, extingue la eficacia futura de este, o sea, que paraliza los efectos que no haya alcanzado a producir. Así, en los casos que hemos citado de pérdida fortuita de la cosa arrendada o de extinción también fortuita del derecho del arrendador, el contrato de arrendamiento termina, sin consideración al plazo señalado, y

el arrendatario se libera del pago del precio. .

4) La disolución del contrato tiene efecto retroactivo, en tal forma que el contratante insatisfecho debe ser restituido a la situación que tuviere antes de la celebración de aquel. Por ejemplo, en el contrato de confección de obra material, si la materia perece fortuitamente y el encargante le ha pagado el precio al artífice, el primero tiene derecho a repetir dicho pago.

Desde luego, este efecto no se da cuando la ley asigna el riesgo de la especie o cuerpo cierto al acreedor insatisfecho (res perit creditori), porque en tal caso este tiene que cumplir su obligación no extinguida y no puede repetir si ya la ha cumplido.

5) La disolución del contrato por imposibilidad de ejecución no produce efecto alguno respecto de terceros poseedores, a diferencia de lo que ocurre en materia de la declaración de nulidad, a la cual nuestro Código aplica inconsultamente la máxima antigua resoluto jure dantis resolvitur jus adquirentis32, y esto sin necesidad de tener en cuenta la buena fe de dichos terceros, como en la hipótesis de la resolución judicial por incumplimient033, por la razón obvia de que el caso fortuito tiene que ser imprevisible, no solo para los contratantes, sino para cualquier persona. Un ejemplo ilustrará lo dicho. En razón de un contrato de permuta Pedro le entrega aJuan una casa y este se obliga a entregarle a aquel un barco en el plazo de un mes. Antes del vencimiento de dicho plazo,Juan le ha vendido la casa a Diego y el barco naufraga. La obligación de Juan se extingue y Pedro no puede exigirle a este ni a Diego la restitución de la casa, porque el riesgo de la pérdida del barco es del primero por aplicación del principio res perit creditori.

698. EL CÓDIGO DE COMERCIO. Este estatuto, pertinente, según su denominación lo indica, a los actos y negocios mercantiles, desperdició la oportunidad de consagrar una

teoría general en punto de los riesgos en los contratos bilaterales, puesto que, siguiendo el método casuístico de las legislaciones civiles, como la nuestra, se limitó a formular soluciones particulares en algunos contratos de dicha clase.

Visto está que el derecho romano y las legislaciones que al respecto lo siguen, contrariando los dictados de la justicia y el principio de la interdependencia de las obligaciones recíprocas que generan los contratos bilaterales, determinan que cuando una de ellas tiene por objeto la dación o entrega de especie o cuerpo cierto, la pérdida de e~ta por caso fortuito de que el deudor no responda, es un riesgo que sufre el acreedor, quien, por tanto, no queda exonerado de cumplir las obligaciones correlativas de su cargo, determinación esta que se ha traducido con el aforismo res perit creditori.

De esta suerte, la pérdida de la especie vendida, no imputable al vendedor y ocurrida antes de la tradición o entrega de ella, extingue la obligación de hacerla; pero el comprador continúa obligado a pagar el precio estipulad034.

Visto está igualmente que al modificar el Código de Napoleón el sistema romano sobre la trasferencia del dominio por acto entre vivos, suprimiendo el modo de la tradición y atribuyendo dicho efecto al solo contrato traslaticio, remplazó el criterio clásico res perit creditori por el que se enuncia con la fórmula res perit domino. Esta ,innovación no cambia en el fondo la solución tradicional latina respecto a la teQría de los riesgos en los contratos bilaterales, sino que apenas varía su e~pli<;:ación jurídica. Así, en la compraventa de especie o cuerpo cierto el riesgd peir la pérdida fortuita de la cosa vendida continúa sufriéndola el comprador, cuya obligación de pagar el precio subsiste, pero no ya por ser este acreedor a su entrega, sino porque el solo contrato 10 ha hecho dueño de dicha cosa35.

Ahora bien, parece que inspirado en las críticas que ha venido formulando la doctrina a esa solución que contraría los dictados de la justicia y la natural interdependencia de las obligaciones nacidas de un contrato bilateral, al considerar subsistentes las obligaciones a cargo de la parte llamada a recibir la tradición o entrega de la especie perecida fortuitamente, nuestro Código de Comercio vigente invierte dicha solución en el sentido de atribuir este riesgo al deudor, liberando consecuentemente a la contraparte de las obligaciones a su cargo. De esta suerte, quedan sustituidos el aforismo resperit creditori del derecho romano y de nuestro Código Civil y el aforismo res perit domino del Código francés por el que podría enunciarse res perit debitori, porque si bien es cierto que la obligación del deudor a la entrega o tradición de la especie perecida fortuitamente se extingue, también él pierde el derecho a exigir la prestación correlativa.
En efecto, en materia de la compraventa, el art. 929 del comentado estatuto mercantil preceptúa: "En la venta de un "cuerpo cierto", el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuido no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa". Y el siguiente art. 930 agrega: "Si la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, por causa no imputable al vendedor, el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor libre de toda responsabilidad".
Del texto de las dos disposiciones trascritas resulta: 1) que, en principio, la pérdida fortuita de la especie vendida antes de su entrega disuelve el contrato y, por tanto, extingue no solamente la obligación del vendedor, sino también la que ha contraído el comprador de pagar el precio (art. 930); y 2) que

excepcionalmente dicha disolución del contrato no se opera cuando la pérdida de la especie es imputable al vendedor o al comprador: si lo es al primero, este incurre, según las reglas generales, en responsabilidad que se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados al comprador (art. 928); si lo es al segundo, el contrato tampoco se disuelve y el compra
dor queda obligado a pagar el precio estipulado (art. 929).

En la forma dicha el Código de Comercio contempla la teoría de los riesgos, modificando la injusta solución clásica latina, conforme a las críticas
formuladas por la doctrina moderna, pero incurriendo en el casuismo tradicion¡:tl, pues las reglas que se desprenden de los citados arts. 928, 929 Y 930, propic~s die la compraventa, no resuelven la cuestión general que se suscita respecito de todos los contratos bilaterales y que consiste en determinar qué sucede con las obligaciones a cargo de una de las partes cuando las de la contraparte se han hecho imposibles por caso fortuito no imputable a ninguna de ellas.

Así, por ejemplo, solucionada expresamente dicha cuestión en el contrato de compraventa mercantil con la fórmula res perit debitori, ¿que sucede en el contrato de sociedad? El art. 128 de la misma obra dispone: "La conservaci.§nde las cosas objeto del aporte será de cargo del aportante hasta el momento en que se haga la entrega de las mismas a la sociedad; pero si hay mora de parte de esta en su recibo, el riesgo de dichas cosas será de cargo de la sociedad desde el momento en que el aportante ofrezca entregarlas en legal forma. La mora de la sociedad no exonerará, sin embargo, de responsabilidad al aportante por los daños que ocurran por culpa grave o dolo de este".

Como salta a la vista, este texto legal se limita a regular la responsabilidad del socio aportante o de la sociedad por la pérdida de las cosas aportadas antes de su entrega, según las reglas generales. Pero guarda silencio respecto del tema clave de la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales, que es el de determinar si las obligaciones de la contraparte, aquí la sociedad, subsisten o se extinguen cuando las especies aportadas y no entregadas perecen por caso fortuito no imputable ni al aportante ni a la sociedad.

Frente a este silencio inexplicable y de conformidad con el art. 822 del Código de Comercio, que remite a los principios del derecho civil, "a menos que la ley establezca otra cosa", resulta que en el contrato de sociedad y en cualquier otro contrato bilateral que genere obligación de dar o entregar especie o cuerpo cierto, la pérdida de esta, no imputable al deudor ni al acreedor, es de cargo de este último, quien debe cumplir las obligaciones de su cargo (res perit creditori). No así en la compraventa, respecto de la cual la ley mercantil expresamente invierte el principio: el contratase disuelve y, por lo tanto, se extinguen las obligaciones correlativas a cargo del acreedor a la entrega o tradición de la especie perecida.

y aun así queda todavía en pie el problema relativo a los contratos bilaterales que generan obligaciones distintas de las de dar o entregar especies o cuerpos ciertos, cuando las que son de cargo de una de las partes se han hecho imposibles por caso fortuito no imputable a ninguna de ellas.

Ante el silencio del Código Civil y del de Comercio, la solución justa y acorde con la naturaleza de dicha clase de contratos es la propugnada por la moderna teoría mixta: la imposibilidad de ejecución extingue no solamente la obligación afectada, sino la correlativa a cargo de la otra parte.

Apéndice: la suspensión de los actos jurídicos

699. LAs CAUSALES. Son estas: I) la excepción de contrato no cumplido; II) las modalidades suspensivas, y III) la imposibilidad transitoria de ejecución.

I) La excepción de contrato no cumPlido

700. CONCEPTO. Lo ofrece el art. 1609 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Por tanto, si una de las partes en un contrato bilateral es demandada por la otra parte para que
cumpla las obligaciones a su cargo, por ejemplo, el comprador demandado para que pague el precio convenido, puede oponer, a manera de medio de defensa procesal, la excepción de contrato no cumplido por el actor; en

nuestro ejemplo, que este no ha cumplido, como vendedor, la obligación que le compete de hacer tradición de la cosa vendida.

De suerte que esta institución, emparentada con la de la resolución judicial de los contratos por el incumplimiento de una de las partes y con la moderna teoría de los riesgos, se funda, como estas, en la interpendencia de las obligaciones que generan los contratos bilaterales, determinada por la intención real, aunque sea tácita, de que dichas obligaciones sean cumplidas simultáneamente (dando y dando), desde cuando se hagan exigibles. Es manifiestamente contrario a la equidad y a la buena fe que debe presidir la ejecución de todo acto jurídico (art. 1603), el que en tales contratos una de las partes use, o mejor, abuse de las acciones que la ley le otorga, para pretender que la otra parte cumpla, sin que ella, a su vez,

haya cumplido ni manifieste su disposición de cumplir las obligaciones de su cargo.

701. RESEÑA HISTÓRICA. Ciertamente, no se ha encontrado texto romano alguno que permita, conforme lo pretenden algunos, atribuirle a dicho sistema la paternidad del principio general de equidad que la comentada excepción traduce. Lo más parecido a ella y probablemente lo que inspiró a los canonistas y posglosadores para la elaboración de la teoría al respecto, fue laexceptio doli reconocida por el derecho pretorio al demandado para el cumplimiento de un contrato bonae Jidei, cuando el actor dolosamente o de mala fe se rehusara a cumplir las obligaciones de su cargo. De esta guisa, y mediante ese procedimiento de generalización, a veces indebido, que emplearon los comentaristas del derecho romano, estos crearon la que ellos bautizaron con la denominación de excepción de contrato no cumPlido (exceptio non adimPleti contractus), acogida por los jurisconsultos alemanes, discutida por los franceses, ignorada por el Código de Napoleón, confundida por los tribunales franceses con el derecho de retención, y consagrada expresamente por varios ordenamientos positivos, como el nuestro.

702. EL ÁMBITO DE LA EXCEPCIÓN. Por su origen y desarrollo histórico la exceptio non adimpleti contracl'us está íntimamente vinculada al toocepto moderno de los contratos bilaterales, en los cuales obra de modo general.

Pero la doctrina también se inclina a darle aplicación en los contratos unilaterales cuando por hechos posteriores a su celebración se producen obligaciones a cargo de la parte acreedora, como la que surge a cargo del depositante o del comodante de rembolsarle al depositario o al comodatario las

expensas necesarias para la conservación de la cosa, vale decir, en esos contratos que algunos denominan contratos bilaterales imperfectos.

Sin aceptar nosotros esta categoría contractual que les atribuye a los contratos unilaterales obligaciones nacidas de fuentes distintas, como el enriquecimiento sin causa37, sí nos parece jurídicamente razonable la extensión de la excepción de que se trata a todos aquellos casos en que las partes en un proceso resulten recíprocamente obligadas, aunque sus obligaciones emanen de fuentes distintas. Tal es y ha sido el fundamento de otras instituciones, como la compensación y el derecho de retención, con las cuales frecuentemente se ha confundido dicha excepción38.

703. CONDICIONES DE LA EXCEPCIÓN. Son estas condiciones o elementos axiológicos de la excepción los que surgen de su definición legal y de la doctrina, a saber: a) que haya reciprocidad de obligaciones entre las partes litigantes; b) que el actor no haya cumplido las suyas ni se allane a cumplirlas, siendo exigibles; c) que el demandado no esté en mora, y d) que el incumplimiento del actor sea grave.

704. a) Lo\. RECIPROCIDAD DE LAS OBLIGACIONES. Es esta la nota característica de los contratos bilaterales, por medio de los cuales el arto 1609 consagra la excepción. Pero, repetimos, el principio de equidad en que esta se funda justifica su aplicación, siempre que entre las partes existan obligaciones recíprocas, aun provenientes de fuentes distintas.

705. b) EL INCUMPLIMIENTO DEL ACTOR. Si las obligaciones de este son exigibles, o se han hecho tales por el vencimiento del plazo o por el cumplimiento de la condición de que pendía su exigibilidad, sin que dicho actor las hubiera

cumplido o allanádose a cumplirlas, el demandado puede oponer prósperamente la exceptio non adimpleti.
Pero si la obligación del actor aún no se ha hecho exigible, mas sí la del demandado, ya no tiene cabida el principio de la simultaneidad en el cumplimiento de ellas (dando y dando), como tampoco el aforismo de que "la mora purga la mora", porque el actor no está en mora antes que su obligación sea exigible.
A propósito de esta condición hay que aclarar que para que lai excepción sea inepta, no se requiere que el actor haya hecho u ofrecido un pago por consignación, el cual es indispensable para el cumplimiento de las obligaciones en que dicha forma de pago es procedente; pero no para el allanamiento a cumplir, que solo consiste en que dicho actor manifieste su intención de hacerl03!1.
También en lo tocante a la condición que se estudia, ha surgido una polémica doctrinaria relativa a la carga de la prueba, porque, según el sistema general, la prueba incumbe al actor (actor incumbit probatio) y el excep.cionante se hace actor (reus exciPiendum Jit actor), de donde se colige que correspondería a este probar el incumplimiento del actor. Sin embargo, la doctrina se ha inclinado por la inversión de estos principios, o sea que ha dictaminado que al excepcionante le basta alegar el incumplimiento del actor, negación indefinida que no es susceptible de prueba y que, en dicho caso, le corresponde a tal actor acreditar su cumplimiento. Esta es la solución que resulta de nuestro ordenamiento procesal (C. de P. C., art. 177).

706. c) QUE EL DEMANDADO NO ESTÉ EN MORA. Para que el deudor sea responsable del incumplimiento de sus obligaciones y deba indemnizarle los perjuicios irrogados al acreedor o dé lugar a que este ejerza la acción resolutoria del

contrato, es indispensable que aquel esté constituido en mora de cumplir, lo cual ocurre, por regla general y según ya lo hemos visto, cuando dicho deudor ha sido re convenido judicialmente por el acreedor y, por excepción, cuando ha vencido el plazo suspensivo señalado para el efecto, o cuando ha dejado pasar, sin cumplir, el término necesario para hacerlo, o cuando el cumplimiento de la obligación se ha hecho imposible, o cuando el deudor se ha negado a cumplir (art. 1608)4°.

Pero también importa explicar, respecto de esta condición, que es inaceptable la tesis de que para la prosperidad de la excepción se requiere que el excepcionante al proponerla acredite que, a su vez, ha cumplido o se ha allanado a cumplir, tesis esta que es la negación misma de esa excepción reconocida por la ley y que se encamina precisamente, no a sancionar al actor, sino a obtener que "cada uno de los contratantes pueda negarse a ejecutar su prestación, mientras no reciba la respectiva contraprestación" (dando y dando)41.

Agrégase a lo dicho que al actor le incumbe la carga de la prueba de la constitución en mora del demandado, prueba que, según se ha dicho, incluye la del cumplimiento o del allanamiento de aquel a cumplir, a falta de la cual tendría efecto el aforismo "la mora purga la mora".

. 707. d) GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO DEL ACTOR. Finalmente, para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irrogue al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta. Si tal incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio es irrisorio, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisible abuso de las vías procesales, como lo han declarado la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia en

que rechazó la procedencia de la excepción en el caso en que un asegurador se negaba a 'pagar cuantiosa indemnización pactada, porque el asegurado, autorizado para pagar la prima por instalamentos, aún debía una suma irrisoria.

708. Los EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN. Según se colige de los desarrollos precedentes, laexceptio non adimPleti contractus no constituye un modo dedisolución de los contratos, a diferencia de la acción resolutoria de ellos, porque aquella solamente se encamina a que el excepcionante se reserve la opción para no cumplir hasta que el actor, a su vez, se allane a cumplir lo de su cargo.
De ahí que nuestra Corte Suprema de Justicia acertadamente la haya calificado como una excepción previa (antes denominadadilatoria) y no como un a excepción de Jondo (antes se llamabaperentoria). En efecto, tal Corporación se limita a censurar por prematura O antes de tiempo la acción instaurada por el demandante, quien aún no ha cumplido ni se ha allanado a cumplir las obligaciones de su cargo43.
Esta calificación reviste importancia procesal, porque determinaría que dicha excepción, clasificada entre las de petición antes de tiempo} debería ser fallada como un incidente de previo pronunciamiento, sin que fuera necesario agotar todos los trámites procesales que culminan con una sentencia de mérito. Desgraciadamente, nuestro Código de Procedimiento Civil pasó por alto esta importante solución (art. 97).
No obstante lo expuesto, la exceptio non adimpleti contractus puede convertirse de Jacto en un modo de disolución de los contratos, si las partes perseveran en la política de no cumplir sus obligaciones respectivas.
II) Las modalidades suspensivas
709. CONCEPTO. De la propia manera que el plazo y la condición pueden extinguir la eficacia de los actos jurídi-

cos44, dichas modalidades pueden suspenderla. Así, si los contratantes estipulan que el contrato comenzará a regir en una fecha posterior a su celebración o al cumplirse una condición, como el otorgamiento de una escritura pública (arts. 1858 y 1979), el contrato no comienza a producir efectos hasta la expiración del plazo o el cumplimiento de la condición.

III) La imposibilidad transitoria de ejecución

710. PRECISIÓN. Ya quedó explicado que para que la imposibiliqad fortuita de ejecución extinga la eficacia de los actos jurídicos respectivos, dicha imposibilidad debe ser absoluta (erga omnes), no relativa del deudor que se haya comprometido más allá de sus capacidades, y permanente, pues si dicha imposibilidad es meramente transitoria, ella no extingue la obligación del deudor ni las obligaciones correlativas del acreedor insatisfecho, sino que las suspende hasta que cese el motivo causante de la imposibilidad.